Der Pfandrechtstitel der Bauwerksunternehmer nach § 648 B. G. B.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Karl Müller
Referendar am Landgericht Freiberg i. S.

Freiberg.
Buchdruckerei Hermann Köhler.
1914.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis V

Vorwort 13

I. Einleitung 14

§ 1. Die Notwendigkeit von Schutzbestimmungen für das Baugewerbe 14

§ 2. Geschichtliche Entwickelung 19

§ 3. Die allgemeinen Sicherungsmittel des B. G. B. . 23

II. Der Pfandrechtstitel 31

§ 4. Entstehungsgeschichte des § 648 31

§ 5. Begriff des Baugewerksunternehmers nach § 648 47

§ 6. Rechtliche Natur und Durchführung des Anspruches 69

§ 7. Die durch § 648 gesicherten Forderungen . . 94

§ 8. Verhältnis des Anspruches auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu den Forderungen aus dem Werkvertrage 105

§ 9. Einfluß des Konkurses 113

§ 10. Übergangszeit 116

III. Anhang 117

§ 11. Verhältnis des § 648 zu dem Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 117

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0058

Literaturverzeichnis.

Abgeordnetenhaus, Verhandlungen, Stenographische Berichte und Drucksachen.

Achilles, B. G. B., 7. Auflage.

Baehr, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Kassel 1892.

Baugewerkszeitung, Organ des Innungsverbandes Deutscher Baugewerksmeister usw. Berlin.

Bayrischer Landtag, Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten.

Bernhard, Karl, Regierungsbaumeister. Was ist ein Bauwerk? Deutsche Juristen-Zeitung 1911 Seite 795.

Biberfeld, Die Sicherung der Bauhandwerker nach dem geltenden Recht und den neuen Gesetzentwürfen, Berlin 1902.

Biermann, Das Sachenrecht des B. G. B. Kommentar 2. Auflage, Berlin 1903.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrechte. München 1901.

Blätter für Rechtsanwendung im Bezirke des Kammergerichts.

Brückner, Einige Streitfragen aus dem Gebiete des Werkvertrages. Recht 1908, Seite 841 Nr. 4.

Brückner, Die zur Sicherung von Bauforderungen erlassenen Vorschriften in § 648 B. G. B. und im Reichsgesetz vom 1. Juni 1909, ihre Tragweite und ihr gegenseitiges Verhältnis. Recht 1910, Seite 830.

Budde, Kann der § 648 B. G. B. zu einem genügenden Schutze für die Baugläubiger ausgestattet werden? Deutsche Juristen-Zeitung 1906, Seite 1221 ff.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechtes, 6. Auflage, Jena 1913 (Band 1), Sachenrecht 1911.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig 1905, 3. Auflage.

Dernburg, Lehrbuch, 4. Auflage, Halle 1909. Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.

Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Leipzig 1860—1864.

Dernburg, Der Entwurf eines Reichsgesetzes über die Zwangsvollstreckung in der Zeitschrift „Pionier" von 1890 Nr. 19—24, 1891 Nr. 2—4 (Jahrgang VI und VII).

Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach römischem Recht und dem B. G. B. in Iherings Jahrbüchern, Band 48, Seite 241 ff.

Drost, Hans, Die Sicherung der Bauforderungen, Dissertation Erlangen 1906 (Heiligenstadt).

Eck, Lehrbuch des B. G. B., 1. und 2. Auflage, 1903.

Dr. Eckels, Gutachten: Empfiehlt es sich zwecks Beseitigung der Mißstände im Baugewerbe, den Bauhandwerkern wegen ihrer Ansprüche gegen die Bauherrn eine bevorzugte Hypothek am Baugrundstück einzuräumen? Verh. des 24. Deutschen Juristentags, 2. Band Seite 173 ff.; Thinius, Gutachten über dieselbe Frage, 3. Band Seite 51 ff.

Ehrenberg in Blättern für Rechtsanwendung im Bezirk des Kammergerichts, 1892 Nr. 5 Seite 51.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, Berlin 1903, Sachenrecht 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4.—5. Auflage, Marburg 1910.

Entwürfe eines Reichsgesetzes, betr. die Sicherung der Bauforderungen nebst Begründung und einer Übersicht der Äußerungen, welche zu dem im Jahre 1897 veröffentlichten Gesetzentwurfe ergangen sind. Amtl. Ausgabe 1901 Berlin. Deckers Verlag — zitiert: Entwürfe von 1901.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 9. Auflage, München 1912.

Foerster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 7. Auflage, Berlin 1896/97.

Franke, Im Recht, 1902, Seite 260. Mit einer Bauforderung geht der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek ohne weiteres über.

Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker, Leipzig 1901.

Freiwillige Gerichtsbarkeit, Sammlung von Entscheidungen, herausgegeben vom Reichsjustizamt.

Freytag und **Haubensak**, Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen, Tübingen 1909.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des B. G. B. und zur Grundbuchordnung, Berlin 1902.

Gaupp-Stein, Die Z. P. O. für das Deutsche Reich, 10. Auflage, Tübingen 1911.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht, Leipzig 1905.

Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig 1889.

Glaser, Empfiehlt sich die Inkraftsetzung von Teil II des Baugläubigerschutzgesetzes? Deutsche Juristen-Zeitung 1909, Seite 1362.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Auflage, Berlin 1903, Sachenrecht 1912.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Gutachtliche Äußerungen zu dem Entwurfe eines B. G. B. Zusammenstellung gefertigt im Reichsjustizamte, Berlin 1890.

Güthe, Amtsrichter. Bedarf es einer Gesetzesänderung, um den Bauhandwerkern genügenden Schutz zu verleihen? Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1907.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im B. G. B., Mannheim 1898, Separat-Abdruck aus den Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte Nr. 11 ff.

Hagelberg, Kommentar zum Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, Berlin 1911.

Heinitz, Schutz der Baugläubiger durch Ausgestaltung des § 648 B. G. B. Deutsche Juristen-Zeitung 1906, Seite 1307.

Herrenhaus, Stenographische Berichte der Verhandlungen.

Hilse, Gutachten zum 20. Deutschen Juristentag 1889, Band I Seite 218—247.

Hilse, Ist das Pfandrecht des Werkmeisters für Werklohn auch auf die unbeweglichen Sachen zu erweitern? Archiv für bürgerliches Recht (Kohler), Band II Seite 73 ff.

Hoffmann, Erler, Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Kiehl, Schaffeld und **Schmitt** (Reichsgerichtsräte). Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Berlin 1913 (zit. Kommentar der Reichsgerichtsräte).

Höchtl, Otto, Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 über die Sicherung der Bauforderungen im Verhältnis zu § 648 B. G. B. Dissertation Erlangen 1910.

Dr. Hopmann, Referendar, Die Einwirkung der durch den Besteller eines Bauwerks erfolgenden Veräußerung des Baugrundstücks auf den durch Vormerkung an dem Baugrundstücke gesicherten Anspruch des Bauhandwerkers aus § 648 B. G. B. Archiv für bürgerliches Recht, 1907 Band XXX Seite 224 ff.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 4. Auflage, Berlin 1913.

Juristische Wochenschrift.

Juristenzeitung, Deutsche.

Juristentag, Verhandlungen des 20. (1889) Seite 215—238, 24. (1898) Seite 35—75 und des 26. (1902) Juristentags.

Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht 1884—1886, 8. Auflage, Berlin.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1906.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des B. G. B., Leipzig 1906. Bes. Werkmeisterhypothek Seite 615.

Kretzschmar, Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (1909), Band 74 Seite 621.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Auflage, Berlin 1903.

Kuhlenbeck, Nachtrag zum Werkvertrag. Ist ein Brunnen ein Bauwerk im Sinne des B. G. B.? Juristische Wochenschrift 1906, Seite 678.

Landhoff, Fritz, Das Pfandrecht des Unternehmers beim Werkvertrage (§ 647 B. G. B.). Dissertation Heidelberg 1907.

Dr. Liebe, Das Wegnahmerecht der Bauhandwerker. Ein Widerspruch gegen bedenkliche Entscheidungen. Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1908, Seite 177.

Fr. von Liebig, Der Bauschwindel und seine strafrechtliche Beurteilung. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905, Seite 145, 167.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, 1. Band Leipzig 1902, 2. Band 1908.

von Madai, Über das Pfandrecht des creditor in restitutionen aedificii in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß XIX, Seite 38 ff.

Dr. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts, 5. Auflage, Berlin 1910.

Meisner, Das Recht der Schuldverhältnisse, Breslau 1898.

Meschelsohn, Hypothekarisches Pfandrecht für Bauhandwerker in den volkswirtschaftlichen Zeitfragen, Heft 127, Berlin 1895.

Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich, 1888.

Motive zu dem Entwurfe einer Grundbuchordnung und eines Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin (Guttentag) 1889.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 6. Auflage, Berlin 1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Auflage, Berlin 1909.

Obertribunal, Preußisches, Entscheidungen.

Ochß, Referendar, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 B. G. B. zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Dissertation Leipzig 1903.

Oertmann, Das Pfandvorrecht der Bauhandwerker in Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik III, Band 60 (Jena 1893) Seite 87 ff., 266 ff.

Oertmann, Die Bauhandwerkerfrage und der Entwurf eines Reichs-Gesetzes, betreffend die Sicherung der Bauforderungen in Brauns Archiv (für soziale Gesetzgebung und Statistik), Band XII (1898), 1. Heft, Seite 35 ff.

Oertmann, Das Pfandvorrecht der Bauhandwerker, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Auflage 1901, 6. Band, Seite 76 ff.; II. Supplementband 1897, Seite 652 ff.

Oertmann, Entschädigung für Projektarbeiten, Deutsche Juristen-Zeitung 1908, Seite 455.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Band 2 Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage, Berlin 1910.

Othmer, Die rechtliche Wirkung der Vormerkung. Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, 9. Heft, Breslau 1902.

Planck, Bürgerliches Recht, 3. Auflage, Berlin 1907.

Polenske, Karl, Die Baugläubiger im Mittelalter und in der Neuzeit, Forschungen zur Bodenreform III, Jena 1910.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B., Berlin 1898/99.

Prölß, Amtsrichter, Im Recht, 1910, Seite 172.

Recht, herausgegeben von Soergel.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Mugdan/Falkmann).

Rehbein und **Reinke**, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, 5. Auflage, Berlin 1894.

Reichel, Die Schuldmitübernahme, München 1909, bes. Seite 447.

Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen.

Reichstag, Verhandlungen, Stenographische Berichte und Drucksachen.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem B. G. B. für das Deutsche Reich, Jena 1900.

Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß von Hoffmann, Sommerlatt und Wulfert.

Frh. v. Schele, Werner, Das Pfandrecht des Unternehmers nach § 647 B. G. B. Dissertation Halle 1909.

Scherer, Das Berliner Hausbau-Rezept und die Entwürfe eines Reichsgesetzes betreffend die Sicherungen der Bauforderungen. (Amtl. Ausgabe 1901) Juristische Wochenschrift 1902, Seite 209.

Scherer, Das 1.—12. Jahr des B. G. B.

Scherer, Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B. Erlangen 1899.

Schlayer, Beiträge zum römischen Pfandrecht, im Archiv für zivilistische Praxis, Band 49, Seite 78 ff., 218 ff.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Auflage, Berlin 1904.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

Seufferts, Kommentar zur Z. P. O., 11. Auflage, München 1910.

Simon, Dr., Das Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen. Handkommentar. Stuttgart, Berlin, Leipzig 1909.

Simonsohn, Georg, Der gesetzliche Schutz des Bauhandwerks. Dissertation. Greifswald 1898.

Staub, Gutachten zum 20. Deutschen Juristentage. Band I, Seite 248—258.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 7./8. Auflage, München 1912.

Striethorsts Archiv für Rechtsfälle.

Struckmann-Koch, Kommentar zur Z. P. O. 9. Auflage, Berlin 1910.

Teutsch, in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Band 67 (1902), Seite 118 ff. Geht bei Abtretung einer unter § 648 B. G. B. fallenden Forderung der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek auf den Zessionar über?

Turnau-Foerster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Auflage, Paderborn 1906.

Wach, Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.

Weyl, Vorträge über das B. G. B. für Praktiker. 1898.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Reichsgrundbuchordnung. Berlin 1904.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Auflage, Frankfurt a. M. 1906.

Wittich, Zum § 651 B. G. B. Gruchots Beiträge. Band 49 (1905), Seite 276.

Wolff, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau. Jena 1900, bes. Seite 87.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat von Lobe.

Zipse, Rudolf, Die Sicherung der Bauforderungen. Phil. Dissertation. Heidelberg 1909.

Vorwort.

Durch mehrfache Notizen der Tageszeitungen ist bekannt geworden, daß verschiedene Bundesstaaten, insbesondere Preußen, Denkschriften über die Lage des Baugewerbes und den sogenannten Bauschwindel vorbereiten, so soll z. B. die Preußische in nächster Zeit fertig werden. Diese Denkschrift wird das eingegangene Material enthalten, das die Verluste feststellt, die Handwerker usw. durch unzuverlässige Bauunternehmer bei Konkursen, durch Ausfälle bei Lieferungen und Bauten während der Jahre 1909 bis 1911 erlitten haben. Zu diesem Zwecke sind Feststellungen für eine größere Anzahl preußischer Städte getroffen worden und es ist auch eine Rundfrage bei Handwerkern und Baulieferanten in Groß-Berlin veranstaltet worden. Das gesammelte Material wird unter dem Gesichtspunkte verarbeitet, ob eine Einführung des zweiten Teiles des Reichsgesetzes über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909, der die dingliche Sicherung der Forderungen regelt, notwendig ist. Daraus geht hervor, daß die Frage nach dem Schutze der Bauhandwerker, oder genauer der Bauwerksunternehmer, noch immer eine große praktische Rolle spielt. Eine Darstellung des jetzt geltenden Rechtes, die im folgenden gegeben werden soll, ist daher von einigem Interesse. Das ist umsomehr der Fall, als das Gesetz vom 1. Juni 1909, bezüglich des Abschnittes 2 im Gegensatz zum Abschnitt 1 über die allgemeinen Sicherungsmittel, der sofort für das ganze Reich gilt, nach § 9, Abs. 1 eine Art Blankettgesetz ist und nur für einzelne Gemeinden durch landesherrliche Verordnungen eingeführt werden soll. Letzteres ist bisher aber noch nirgends geschehen. Das bisherige Recht, das in der Hauptsache in § 648 B. G. B. enthalten ist, wird also auch nach Erlaß derartiger den 2. Teil des Gesetzes vom

1. Juni 1909 einführender Verordnungen für den weitaus größten Teil des Deutschen Reiches in Geltung bleiben. Genaueres über das Verhältnis des § 648 B. G. B. zu dem Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 siehe unten § 11.

Eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung, die aber naturgemäß nur einen beschränkten Umfang haben kann, wird das Verständnis des geltenden Rechtes erleichtern.

Das Reichsgesetz vom 1. Juni 1909 soll nicht mit behandelt werden. Doch wird verschiedentlich kurz darauf eingegangen werden müssen, wo es der Zusammenhang erfordert, so besonders in § 11. Anspruch auf erschöpfende Behandlung soll aber insoweit nicht gemacht werden.

I. Einleitung.

§ 1. Die Notwendigkeit von Schutzbestimmungen für das Baugewerbe.

Daß im Baugewerbe bereits seit langer Zeit sehr große Mißstände bestehen, die auch jetzt noch keineswegs beseitigt sind, wird allseitig zugegeben. Ihr Vorhandensein geht schon aus der Tatsache hervor, daß ein besonderes Gesetz zur Sicherung der Bauforderungen erlassen wurde und daß, wie oben erwähnt, die Regierungen sich neuerdings wieder mit den Zuständen im Baugewerbe beschäftigen. Der sogenannte Bauschwindel ist weit verbreitet, ganz besonders natürlich in den Großstädten mit ihrer stark anwachsenden Bevölkerung und infolgedessen sehr ausgedehnten Bautätigkeit. Es haben sich gewisse Systeme des Bauschwindels ausgebildet, die skrupellosen Bauspekulanten und Bauunternehmern zwar vielfach beträchtliche Gewinne verschaffen, den Bauhandwerkern aber fast regelmäßig große Verluste verursachen und vielfach deren gänzlichen Ruin herbeiführen. Ein derartiges System ist

z. B. das sogenannte Berliner Hausbau-Rezept[1]). Die Mißstände im Baugewerbe werden zutreffend gekennzeichnet durch die Begründung zum Entwurfe eines Reichsgesetzes betr. Sicherung der Bauforderungen von 1897[2]).

Der typische Vorgang, wie er übereinstimmend von allen mit den Verhältnissen Vertrauten dargestellt wird, ist in Kürze der:

„Der Besitzer einer Baustelle, der diese mit tunlichst hohem Gewinne verwerten will, baut nicht selbst, sondern sucht einen Bauunternehmer, dem er zum Zwecke der Bebauung das Grundstück zu einem hohen Preise verkauft. Darauf, daß dieser Bauunternehmer zahlungsfähig ist, wird von dem Verkäufer kein Gewicht gelegt, im Gegenteil werden unsolide Elemente bevorzugt, weil diese geneigt sind, weit über den wahren Wert hinausgehende Preise zu bewilligen. Der Kaufpreis wird hypothekarisch eingetragen; außerdem wird ein Baugeldvertrag abgeschlossen, durch den der Baugeldgeber sich verpflichtet, nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues bestimmte Beträge zu zahlen, deren Rückzahlung durch eine vor Beginn des Baues eingetragene Hypothek sichergestellt wird. Die Bedingungen des Vertrages sind in der Regel sehr ungünstig für den Bauunternehmer und derart, daß der Baugeldgeber mit Leichtigkeit es zu einer Zwangsversteigerung des Grundstückes bringen kann. Baugeldgeber ist entweder der Verkäufer selbst oder ein Dritter, häufig ein Bankinstitut. Im letzterem Falle wird meist dem Baugelddarlehen in gewissem Umfange das Vorrecht vor dem einge-

[1]) Vergl. bes. Scherer, Juristische Wochenschrift 1902 S. 209, das Berliner Hausbau-Rezept und die Entwürfe eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen; Oertmann im Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik Bd. 60 S. 266 ff.; Meschelsohn, Volkswirtschaftl. Zeitfragen 1905, Heft 127 S. 8—17; Freese, Das Pfandrecht der Bauhandwerker, Leipzig 1901, S. 31—59; Kommentar von Meisner, 1898, Bem. 2 zu § 648; Hagelberg, S. 1—3; Verhandlung d. deutschen Reichstags in der Sitzung vom 22. Januar 1896, Bericht S. 473; Entscheidung des R.-G. Bd. 45 S. 1 und Entscheidung des R.-G. vom 16. Oktober 1899 VI. 204/99, im letzteren Falle hat der Bauhandwerker 21000 *M* Hauptsumme verloren.

[2]) Amtl. Ausgabe der Entwürfe von 1901, S. 82, 91 ff.

tragenen Kaufgeld eingeräumt, mindestens soweit, als das Kaufgeld den wahren Wert der Baustelle übersteigt. Ein Teil der Baugelder wird in allen Fällen zur Bezahlung der Bauhandwerker, Arbeiter und Lieferanten verwendet, damit das Bauen in Gang kommt. Im übrigen kommt es auf die Person des Bauunternehmers an. Ist er gewissenlos, so verwendet er den Rest der Baugelder zur Bezahlung anderer Schulden und zur Bestreitung eines seine Verhältnisse übersteigenden Aufwandes. Alsdann ist der Zusammenbruch in kurzer Zeit unvermeidlich und das Gebäude, welches vielleicht im Rohbau fertig geworden ist, fällt in der Zwangsversteigerung an den Baugeldgeber oder Verkäufer, während die Bauhandwerker und Bauarbeiter bei der Verteilung des durch die eingetragene Hypothek voll in Anspruch genommenen Erlöses leer ausgehen. Aber auch dann, wenn der Unternehmer nicht darauf ausgeht, auf Kosten der Handwerker und Arbeiter zu leben, kommt es leicht zur Zwangsvollstreckung, weil die Baugelder nicht zur vollständigen Deckung der Baukosten ausreichen, vielmehr in der Regel nur in Höhe von $^2/_3$ des Betrages der Baukosten gegeben werden. Auch der solide Bauunternehmer muß, wenn er nicht kapitalkräftig ist, um den Bau vollenden zu können, eine längere Kreditierung eines Teiles der den Bauhandwerkern zu zahlenden Vergütung in Anspruch nehmen. Gelingt es ihm, das Haus fertig zu stellen und bald günstig zu vermieten oder zu verkaufen, so kommen alle Beteiligten zu ihrem Gelde. Häufig wird ihm aber die Vollendung des Baues oder die günstige Verwertung desselben nicht möglich, sei es infolge ungünstiger Konjunkturen, sei es infolge Drängens seiner Hypothekengläubiger und chikanöser Ausnutzung der ihm nachteiligen Bestimmungen des Baugeldvertrages; dann ist das Ergebnis im Wesentlichen das gleiche wie bei dem unredlichen Unternehmer, die Bauhandwerker fallen in der Zwangsversteigerung aus."

Diese Darstellung trifft zwar nicht immer zu, besonders dann nicht, wenn der Grundstückseigentümer für seine eigenen Bedürfnisse und nicht zu Spekulationszwecken baut, z. B. Erweiterungsbauten seiner gewerblichen Anlagen ausführt,

sie ist aber doch vielfach richtig. Mitunter ist insofern der Sachverhalt etwas anders, als der Baustellenbesitzer das Grundstück zunächst zu noch einigermaßen entsprechendem Preise an einen Bauunternehmer veräußert und dieser dann erst an einen Strohmann zu sehr hohem Preise weiterverkauft, wobei natürlich der Kaufpreis in beiden Fällen fast ganz hypothekarisch eingetragen wird. In Generalvollmacht des letzteren, der völlig mittellos und ein Werkzeug des Bauunternehmers ist, führt dieser dann den Bau auf, indem er im Namen des Strohmannes Verträge mit den Lieferanten und Handwerkern abschließt und sucht Kapitalisten für die Baugelderhypothek, wofür er sich eine hohe Vermittlungsprovision ausbedingt. Doch ist auch in diesem Falle das Ergebnis das gleiche, wie im 1. Falle, weil die Hypotheken den Wert des Neubaus weit übersteigen, sodaß bei der Zwangsversteigerung die Handwerker leer ausgehen.[1])

Neuerdings ist zwar die nicht entsprechende Verwendung der Baugelder durch Teil 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 unter Strafe gestellt, allein das wirkt noch nicht genügend, da, wie im letzten Beispiel gezeigt, hohe Provisionen einen erheblichen Teil des Baugeldes verschlingen.[2])

Den Bauhandwerkern Schutz zu gewähren gegenüber solchen Verhältnissen und Zuständen, erweist sich demnach nicht nur als Aufgabe sozialpolitischer Natur, insofern der Staat die Pflicht hat, den wirtschaftlich Schwachen, den Unerfahrenen dagegen zu schützen, daß er das Opfer gewissenloser Ausbeutung werde, sondern auch als eine Pflicht der Gerechtigkeit. Denn die Bauhandwerker erleiden ihre Verluste größtenteils infolge der Vorschriften des B. G. B., daß der auf einem Grundstück errichtete Bau wesentlicher Bestandteil desselben und daher dessen Belastungen unterworfen wird. Den Bauhandwerkern wird also vom Gesetz der durch ihre Tätigkeit geschaffene Wert zugunsten andrer entzogen. Es ist nun durch § 648 B. G. B. nicht ein Ausnahmerecht für

---

[1]) Vergl. v. Liebig, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1905, S. 145 ff.

[2]) Eschwege, Baugewerkszeitung, 1909, S. 735.

sie geschaffen worden, sondern es ist das allgemeine Prinzip, daß derjenige, der Verbesserungen einer Sache aus seinen Mitteln bewirkt, der Aufwendungen für die Sache gemacht hat, dieserhalb an der Sache eine Pfandrecht hat, das nur hier zu Ungunsten der Bauhandwerker außer Kraft gesetzt worden war, wieder hergestellt worden, sodaß die versio in rem, wie schon im römischen Recht, ein Pfandrecht gewährt.[1])

Auch aus der den Bauhandwerkern obliegenden Vorleistungspflicht, die diese zwingt, die von ihnen gelieferten Materialien mit dem fremden Grundstück als Bestandteil desselben zu verbinden, mithin das Eigentum und die Innehabung vor der Zahlung ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen aufzugeben, rechtfertigt sich ein besonderer Schutz der Bauhandwerker.[2])

Die Schwierigkeit der Lösung der Frage, in welcher Weise die Forderungen der Bauhandwerker, die sogenannten Bauforderungen, wirksam geschützt werden können, ist ganz außerordentlich groß. Denn eine wirksame Sicherung der Bauforderungen birgt leicht die Gefahr in sich, daß der Kredit des Baugrundstückes herabgesetzt wird, weil der Grundsatz, auf dem der gesamte moderne Realkredit beruht, nämlich daß für die eingetragenen Hypotheken alles das haftet, was auf dem belasteten Grundstück errichtet wird, und daß keinerlei nicht sofort erkennbare Pfandrechte bestehen, erschüttert wird.[3]) Wird der Kredit der Baugrundstücke herabgesetzt und damit der für das Baugewerbe unbedingt erforderliche Zufluß von Kapital erschwert oder ganz verhindert, so ist damit zweifellos eine starke Schädigung des Bauhandwerks verbunden, weil dieses dann weniger Arbeit finden würde. Es muß bei der gesetzlichen Regelung dieser Frage daher stets beobachtet werden, daß nicht eine zu große Erschütterung des Boden-

[1]) Siehe Oertmann a. a. O. Bd. 60, S. 272; Meschelsohn S. 17; Biberfeld S. 56; Drost S. 4; Bähr, zu § 620, Protokolle der Kommission II, S. 321; anderer Ansicht, aber ohne nähere Begründung Simonsohn S. 80.

[2]) So v. Schele S. 10 und Gutachten zum Entwurfe eines B. G. B. von 1890, S. 369 ff.

[3]) Siehe Simon S. 11.

kredits eintrete und damit mehr Schaden als Nutzen gestiftet werde. Die Bemühungen, Abhilfe zu schaffen, sind groß und langwierig gewesen.[1]) Einen gewissen Abschluß fanden sie in der Schaffung des § 648 des B. G. B. Da aber der hierdurch gewährte Schutz vielfach für ungenügend erachtet wurde, so wurden neue Gesetzesvorschläge gemacht, die schließlich zu dem Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909 führten.

§ 2. Geschichtliche Entwickelung.

Für die Frage, ob nach römischem Rechte die Bauhandwerker ein gesetzliches Pfandrecht an dem von ihnen bebauten Grundstück haben, kommt die Quellenstelle l 1 D XX, 2 in Betracht.[2]) Darnach stand demjenigen eine gesetzliche Spezialhypothek an einem Gebäude zu, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes ein Darlehn gegeben hatte. Die Voraussetzungen dieses Pfandrechts waren also: 1. Vorschießen von Geld behufs des Neubaues; 2. Zweck des Neubaues restitutio aedificii exestruendi = der Wiederaufbau eines zu Grunde gegangenen oder zerfallenden Gebäudes; 3. Ausdrückliche Hervorhebung bei der Verhandlung, daß das Darlehen zum Zwecke des Neubaues Verwendung finden solle. Wirkliche Verwendung des Darlehns zum Neubau war aber nicht erforderlich.[3]) Es war das demnach nur ein Schutz des Baugeldgebers. In l 5 D XX[4]) wird dann

[1]) Vergl. die Ausführungen des Staatssekretärs des Reichsjustizamtes in der Reichstagsverhandlung vom 26. Februar 1904 mit der Aufzählung der vielfachen Regierungsentwürfe (Stenogr. Ber. S. 1312, 1313).

[2]) Senatus consulto, quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit qui redemptori, domino mandante nummos ministravit.

[3]) Siehe Dernburg, Pfandrecht § 38, S. 314; Simonsohn S. 13; v. Madai in Lindes Zeitschrift XIX, S. 100.

[4]) Interdum posterior potior est priori; utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam vel recificiendam ego credidero.

noch wegen versio in rem ein Pfandrecht ohne alle Beschränkungen gewährt, wenn zur Erhaltung der Sache eine Aufwendung gemacht worden war z. B. zur Ausrüstung bez. Reparatur eines Schiffes. Dies Pfandrecht soll allen anderen, auch den schon früher auf die Sache gelegten Pfandrechten vorgehen, weil, wie Ulpian in l 6 pr. D XX, 4 ausführt[1]), das so gegebene Geld zur Erhaltung oder Verbesserung der verpfändeten Sache gedient hat. Allein auch hier ist das Pfandrechtsprivileg nur dem Darleiher, dem Baugeldgeber, nicht dem Werkmeister gewährt. Mehrfach ist versucht worden, das Vorrecht in analoger Weise zu Gunsten der Lieferanten von Baumaterialien oder zum Vorteil der Maurermeister und der anderen Baugewerksmeister auszudehnen,[2]) die herrschende Meinung sowohl des römischen als auch des gemeinen Rechts bezog indes den Schutz nur auf die Baugeldgeber,[3]) die tatsächlich bares Geld hergegeben hatten.[4]) Für das römische Recht lag wohl wegen der durch die Sklavenarbeit bedingten geringen Bedeutung des selbständigen Handwerks keine Veranlassung vor, auch die Bauhandwerker zu schützen.

Erst die Partikulargesetzgebung gewährte, gedrängt durch die im Bauwesen immer mehr hervortretenden Übelstände, dem Bauhandwerker eine Sicherung. Als erstes neueres Gesetzbuch gab das Preußische Allgemeine Landrecht, und zwar ganz aus eigenem Antrieb, ohne direkten Zusam-

[1]) Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quot poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.

[2]) Oertmann, Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik, S. 102/103.

[3]) Dernburg, Pfandrecht I § 38, S. 314 ff.; v. Madai a. a. O. S. 100, Zipse, Dissertation, Heidelberg 1909, S. 40; Riezler 1900, zu § 648, § 236, Simonsohn S. 18, 21; Oertmann, B. G. B. Anm. 1 zu § 648; Oertmann, Handwörterbuch 1901, S. 76; Schlayer im Archiv für zivil. Praxis Bd. 49, S. 83; Polenske, Forschungen zur Bodenreform III, S. 117, 118, Drost S. 5, Anm. 4.

[4]) Oberappellationsgericht Celle vom 12. September 1837 in Seufferts Archiv I, S. 195.

menhang mit dem römischen Recht, in den §§ 971, 972, Teil 1, Titel 11 Vorschriften zum Schutze der Bauhandwerker, die dann den Anstoß zu ähnlichen Bestimmungen in vielen anderen Gesetzen bildeten. § 971 lautete: „Bei unbeweglichen Sachen hat der Werkmeister in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten ein in der Konkursordnung näher bestimmtes Vorrecht."

§ 972 bestimmte: „Dieses Vorrecht kann er, solange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, auf die Sache auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners eintragen lassen."

Das in § 971 bezeichnete Vorrecht war in § 424 I 50 der allgemeinen Gerichtsordnung, nach dem die Baugläubiger im Falle des Konkurses berechtigt waren, wegen ihrer Forderungen als Personalgläubiger der IV. Klasse aus der Mobiliar- oder Gemeinmasse Befriedigung zu nehmen, geregelt. Dieses Vorrecht ist jedoch durch die Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 unterdrückt. Die Konkursordnung für das Deutsche Reich kennt es ebenfalls nicht. § 971 ist daher bedeutungslos.[1]) Es sollte nun nach dem Wortlaut des § 972 zunächst scheinen, als sei auch dieser damit hinfällig geworden. Das ist indessen nicht der Fall. Das Preußische Obertribunal hat durch Urteil vom 19. Juli 1859[2]), dem sich die allgemeine Gerichtspraxis angeschlossen hat, entschieden, daß der durch § 972 außerhalb des Konkurses gewährte Hypothekentitel durch Art. 11 des Einführungsgesetzes zur Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 aufrecht erhalten sei. Der erwähnte Art. 11 ist durch die Reichskonkursordnung nicht berührt worden; vergl. § 11 des Ausführungsgesetzes zur Reichskonkursordnung vom 6. März 1879. Der Titel ist ferner durch § 757 der alten Zivilprozeßordnung aufrecht erhalten worden und auf diese Weise bis 1900 in Kraft geblieben.[3]) Anwendbar war derselbe nach dem

[1]) Koch, Anm. zu § 971; Rehbein und Reinke zu § 971; Simonsohn S. 24; Drost S. 6; Oertmann, Jahrbuch S. 105.

[2]) Striethorst, Archiv Bd. XXXIII, S. 341.

[3]) Rehbein und Reinke zu § 972; Koch zu § 972; Dernburg, Lehrbuch § 323 III; Oertmann, B. G. B. § 648 Anm. 1; Foerster-Eccius S. 290; Simonsohn S. 24; Oertmann, Bd. 60, S. 105.

Urteil des Reichsgerichts vom 13. Februar 1890 [1]) auch für den Werkmeister, der nur Materialien, die in ein Gebäude verwandt sind, für den Bauherrn angefertigt und geliefert hat. Der § 972 ist durch § 19 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 insofern geändert worden, als, wenn der Eigentümer die Eintragung nicht bewilligte, erst dessen rechtskräftige Verurteilung erfolgen mußte; jedoch vermochte sich der Berechtigte schon vor der Klaganstellung dadurch zu sichern, daß er sich nach § 22 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 im Wege einstweiliger Verfügung eine Vormerkung eintragen ließ.

Im Geltungsgebiet des Rheinischen Rechts war der im Code civil von 1804 enthaltene Art. 2103 maßgebend, der in Nummer 4 bestimmte, daß Baumeister, Bauunternehmer, Maurer und andere Arbeiter (also auch Handwerker) die gebraucht worden sind, um Gebäude, Kanäle oder andere Werke irgend einer Art zu errichten, wieder aufzubauen oder auszubessern, an dem Bau ein wahres Vorzugsrecht haben, in Beschränkung auf die Summe, „um welche der Wert des Grundstücks zur Zeit der Veräußerung sich durch die daran gemachten Arbeiten erhöht findet." Auch muß zur Erhaltung des Vorrechts zweimal vor Beginn und höchstens in 6 Monaten nach Vollendung der Arbeiten durch einen von Amtswegen ernannten Sachverständigen die örtliche Beschaffenheit und der Wert der gemachten Verwendungen festgestellt und durch Protokolle beurkundet werden. Die näheren Bestimmungen enthielten die Art. 2106 und 2110. Diese komplizierten Bestimmungen haben allerdings zur Folge gehabt, daß ihr praktischer Wert ziemlich gering geblieben ist.[2])

Den französischen Vorschriften waren die Sätze Art. 2103, Ziffer 4, 2106, 2110 des badischen Landrechtes vom 3. Februar 1809 nachgebildet.

§ 12 des Hypothekengesetzes für das Königreich Bayern vom 1. Juni 1822 bestimmte: „Zur Erwerbung

[1]) Reichsgerichts-Entscheidung Bd. 26, S. 228.

[2]) Siehe Oertmann, Jahrbuch S. 106, Handwörterbuch S. 77; Simonsohn S. 42.

einer Hypothek sind kraft des Gesetzes selbst und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners notwendig wäre, folgende Gläubiger berechtigt: 9. Baumeister und Bauunternehmer und andere Arbeiter wegen der für Errichtung, Wiederherstellung oder Ausbesserung von Gebäuden, Kanälen und anderen Werken entstandenen Forderungen, desgleichen diejenigen, welche dazu Materialien geliefert haben, auf diesen Gebäuden oder Werken". Die Realisierung des hiernach gewährten Hypothekentitels, der dem preußischen Landrecht entnommen war, erfolgte nach den §§ 30 und 108 auf vom preußischen Recht erheblich abweichende Art.

Dem bayrischen Rechte nachgebildet waren die Art. 42, 78, 195, 199 und 201 des Württembergischen Pfandgesetzes vom 15. April 1825.

In den übrigen Deutschen Bundesstaaten bestanden besondere Bestimmungen zugunsten der Bauhandwerker nicht. Das sächsische B. G. B. enthielt ursprünglich keine solche Schutzvorschrift. Erst durch das Gesetz vom 18. Mai 1896 (Gesetzsammlung Seite 100, Nr. 45) ist den Bauhandwerkern ein gesetzlicher Pfandrechtstitel verliehen worden. Der § 393a, der zu diesem Zwecke dem sächsischen B. G. B. eingefügt wurde, ist dem § 648 B. G. B. nachgebildet.

Die Rechtslage vor Einführung des B. G. B. war also so, daß in dem größten Teile Deutschlands der Baugewerksmeister wegen seiner Ansprüche auf Werklohn einen zur Eintragung geeigneten Pfandtitel betreffs desjenigen Grundstücks hatte, dem Arbeit und Materiallieferungen zu gute kommen.[1])

§ 3. Die allgemeinen Sicherungsmittel des B. G. B.

Daß der Bauherr dem Bauhandwerker für dessen Forderungen vertragsmäßig jede mögliche Sicherung (z. B. Stellung von Bürgen, Hinterlegung eines der Forderung

[1]) Siehe Gutachten von Hilse zum 20. Deutschen Juristentag 1889, S. 224.

entsprechenden Kapitals, Bestellung von Hypotheken usw.) gewähren kann, ist selbstverständlich; vorausgesetzt, daß der Bauherr, der ja, wie oben in § 1 erwähnt, meist mittellos ist, und als einziges Vermögensstück das Grundstück besitzt, überhaupt dazu im Stande ist. Allein die wirtschaftliche Lage der Bauhandwerker, insbesondere die große Konkurrenz, macht es diesen nur in den seltensten Fällen möglich, bei Vertragsabschluß auf genügende Sicherstellung ihrer Forderungen zu dringen, sodaß sie sich meist nur auf die Kraft Gesetzes ihnen zustehenden Sicherungsmittel verlassen können. Die Möglichkeit des vertragsmäßigen Schutzes genügt also keineswegs.

Als solches gesetzliches Sicherungsmittel käme das Zurückbehaltungsrecht an der für den Bau zu leistenden Arbeit nach §§ 273, 320 B. G. B. in Betracht. Allein die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ist ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Leistung nicht zurückhalten darf, wenn also eine Vorleistungspflicht des Schuldners besteht. Diese ist durch § 641 B. G. B. aber ausdrücklich für den Werkmeister festgesetzt.

Jeder andere Handwerker hat nach § 647 B. G. B. ein Pfandrecht an den fertig gestellten und in seinem Besitz befindlichen Sachen, selbst dann, wenn der Auftraggeber den Stoff dazu gegeben, oder wenn der Handwerker nur Reparaturen an Gegenständen vorgenommen hat, die im Eigentum des Auftraggebers stehen. Davon ist beim Bauhandwerker nicht die Rede. Die Sachen, die er für den Bau herstellt, werden in diesen eingefügt und dadurch nach den §§ 93, 94, 946 B. G. B. wesentliche Bestandteile des Baugrundstückes, sodaß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein besonderes Recht an ihnen nicht mehr bestehen kann (siehe oben Seite 18). § 647 B. G. B. gilt also nur für bewegliche Sachen.

Diese Eigenschaft der vom Bauhandwerker hergestellten Sachen, daß sie alsbald ins Eigentum des Grundstückseigentümers übergehen, macht auch einen eventuellen Eigentumsvorbehalt der Handwerker völlig wirkungslos. Die Handwerker dürfen nicht etwa die angefertigten Sachen nach deren

Verbindung mit dem Grundstück auf Grund des Eigentumsvorbehaltes bei Nichtzahlung der Vergütung einfach wieder wegnehmen. Sie würden sich, wenn sie es doch ohne Zustimmung des Eigentümers täten, der verbotenen Eigenmacht schuldig machen.[1]) Außerdem würde ihnen auch bei einer solchen Wegnahme immer noch Schaden entstehen, denn ein Teil des Materials muß hierbei notwendig zerstört werden. Namentlich würde der Wert der verbrauchten Bindemittel verloren gehen und auch die Arbeitslöhne wären nutzlos verausgabt. Einem Stubenmaler wäre eine solche Wegnahme aber überhaupt unmöglich.[2])

Sonstige Schutzvorschriften kann der Bauhandwerker auch nur in Ausnahmefällen geltend machen. Er kann nach § 321 B. G. B. die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt, oder Sicherheit für sie geleistet wird, aber nur unter der Voraussetzung, daß nach dem Abschlusse des Werkvertrages in den Vermögensverhältnissen des Bauherrn eine wesentliche Verschlechterung eingetreten ist. Das wird ziemlich selten der Fall sein, denn wie oben Seite 15 ff. erwähnt, ist der Grund der Notlage sehr oft gerade der Umstand, daß mittellose Grundstückserwerber einen Bau beginnen. Bestand nun die den Anspruch auf die Gegenleistung gefährdende Vermögenslage des Bauherrn schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, so findet § 321 keine Anwendung; auch dann nicht, wenn dem Bauhandwerker die Vermögenslage des Bauherrn ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist.[3]) Möglicherweise steht ihm in einem derartigen Falle wegen arglistiger Täuschung das Anfechtungsrecht nach § 123 B. G. B. zu. Da der Irrtum über die Vermögensverhältnisse des Bauherrn als Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft gelten kann, ist häufig auch ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums

---

[1]) Endemann S. 175, Nr. 1c.

[2]) Siehe Biberfeld § 7.

[3]) Oberlandesgericht Dresden vom 10. Juli 1900, Sächs. Archiv 11, S. 503; Oberlandesgericht Dresden vom 16. Oktober 1900 Annalen 22, S. 247.

gemäß § 119, Abs. 2 B. G. B. gegeben.[1]) Doch wird die Anwendung des Anfechtungsrechtes den Bauhandwerker nur dann vor größerem Schaden behüten, wenn die Anfechtung erfolgt, bevor er alle oder die meisten Arbeiten geleistet hat, weil sonst die Rücknahme entweder ganz ausgeschlossen ist, z. B. bei Malerarbeiten, oder nur geringen Wert für ihn hat (z. B. bei wertvollen Töpferarbeiten).

Die Lieferanten von vertretbaren beweglichen Sachen haben, wie oben Seite 24 erwähnt, bis zur Bezahlung ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 B. G. B. Haben sie aber vertragsmäßig die zu liefernden Sachen selbst auch in den Bau einzufügen, so sind sie zur Zurückbehaltung nur dann berechtigt, wenn trotzdem das Rechtsverhältnis die Natur eines Lieferungsgeschäftes behält, wenn also die Lieferung der Sachen die Hauptsache ist und die Hineinfügung in den Bau daneben vollständig zurücktritt. In einem solchen Falle ist Leistung Zug um Zug vorgeschrieben. Näheres darüber siehe unter § 5. Sobald aber die Einfügung in den Bau nicht derart nebensächlich ist, sondern einen wesentlichen Bestandteil des Vertrages bildet, auf den auch Wert gelegt ist, z. B. bei Verträgen mit Bautischlern, die Türen und Fenster zu liefern und einzufügen haben, so hat der Bauhandwerker zwar tatsächlich auch die Möglichkeit, durch Zurückhaltung der zu liefernden Gegenstände einen Druck zur Bezahlung auf den Bauherrn auszuüben, der durch eine Verzögerung vielleicht große Nachteile befürchtet, aber der Bauhandwerker kommt bei Mahnung oder Ablauf des festgesetzten Lieferungstages durch die Nichtleistung d. h. Nichteinfügung in Verzug und hat die Verzugsfolgen zu tragen. Denn an sich hat er in diesem Falle, der als reiner Werkvertrag zu betrachten ist, siehe unter § 5, erst nach der Einfügung in den Bau einen Anspruch auf Bezahlung, weil er erst dann seinerseits den Vertrag erfüllt hat.

Ein weiteres und verhältnismäßig wirksames Mittel steht den Bauhandwerkern noch in der Ausbringung

[1]) Siehe Staudinger, Allgemeiner Teil, Anm. II 4c zu § 119; Oberlandesgericht Breslau vom 17. Juni 1901, Rspr. 3, S. 39.

eines Arrestes gegen den Bauherrn zu Gebote. Doch auch das wird ihnen vielfach kaum möglich sein, denn gemäß § 920 Z. P. O. ist ein Arrestgrund glaubhaft zu machen. Das ist meist außerordentlich schwierig und gerade in dringenden Fällen oft die Ursache, daß der Arrest zu spät kommt. Nach § 917 Z. P. O. findet der dingliche Arrest statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Ob diese Gefahr vorliegt, hat das Gericht nach seinem freien Ermessen zu beurteilen. Es müssen Umstände drohen, die das Vermögen des Bauherrn vermindern würden. Da, wie nach dem Urteil des Reichsgerichts vom 25. Februar 1881[1]) die Gerichte in gleichmäßiger Rechtsprechung angenommen haben, die schlimme Vermögenslage des Schuldners und die drohende Konkurrenz anderer Gläubiger für sich allein noch keinen Arrestgrund bilden,[2]) so müssen noch andere Umstände hinzukommen. Es dürfte aber ausreichen, wenn der Bauherr, der mittellos ist, die ihm gezahlten Baugelder nicht ordnungsgemäß zur Bezahlung der Bauhandwerker, sondern etwa zur Begleichung von Privatschulden oder zum Bestreiten eines großen Aufwandes verwendet, was namentlich vor dem Inkrafttreten von Teil 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 oft vorkam, seitdem aber strafbar ist. Ein Arrest kann auch erlassen werden, bevor das Werk vollendet ist, obwohl dann die Forderung des Bauhandwerkers noch nicht fällig ist, weil nach § 916, Abs. 2 Z. P. O. ein Arrest auch für einen bedingten Anspruch zulässig ist. Hier ist die Forderung durch die Vollendung des Werkes bedingt. Der Vollzug des Arrestes erfolgt gemäß § 932 Z. P. O. durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung auf dem Baugrundstück. Der nach § 923 Z. P. O. im Arrest festgestellte Geldbetrag ist dabei als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für den das Grundstück haftet. Nach § 932 III in Verbindung mit § 929 II Z. P. O. muß der Antrag auf Eintragung der Hypothek innerhalb eines Monats seit Verkündung oder Zustellung des Arrestbefehls gestellt werden.

---

[1]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3, S. 416.

[2]) Siehe Gaupp-Stein, Anm. I, S. 917 und die dort angeführten Entscheidungen.

Eine solche im Wege des Arrestes erwirkte und auch eine gemäß § 648 B. G. B. erlangte Sicherungshypothek ist aber für den Bauhandwerker dann nutzlos, wenn das Baugrundstück bereits über seinen wahren Wert belastet ist, was sehr oft der Fall ist, weil (siehe oben Seite 15) meist hohe Restkaufgelderhypotheken eingetragen werden, die zusammen mit der Baugelderhypothek den Wert des Grundstücks samt des fertigen Baues gänzlich erschöpfen. Es kommt, wie oben Seite 16 erwähnt, vielfach vor, daß der Baugeldgeber die Baugelderhypothek, die für ihn im voraus eingetragen wird, nicht in voller Höhe auszahlt, weil er, um sich zu sichern, nicht die ganze eingetragene Summe als Baugeld zum Bauen hergibt. Es entsteht so in Höhe der nicht erfüllten Baugelderhypothek nach § 1163 B. G. B. eine Eigentümerhypothek oder vielmehr nach § 1177 eine Grundschuld, da dem Bauherrn keine Forderung zusteht. Diese Eigentümergrundschuld kann der Bauherr an Dritte abtreten,[1]) die dadurch den Vorrang vor der Sicherungshypothek des Unternehmers erlangen. Sowohl bei einer solchen Abtretung, als auch bei noch bestehender Eigentümergrundschuld ist nun der Bauhandwerker gezwungen, im Falle der Zwangsversteigerung die volle eingetragene Baugelderhypothek, nicht nur den wirklich an den Bauherrn gezahlten Teil, ausbieten zu müssen, um seine Sicherungshypothek zu retten. Der Bauhandwerker aber, der bereits eine fällige Forderung erlangt hat, weil er seine Leistungen zu Beginn des Baues bewirkt hat, der sich also einen Vollstreckungstitel verschaffen konnte und das auch getan hat, kann nach §§ 857 VI, 830, 837 Z. P. O. die Zwangsvollstreckung in die dem Bauherrn zustehende Eigentümergrundschuld betreiben, sodaß er dann diese Stelle einnimmt. Diese Pfändung ist jedoch ziemlich schwierig, da der Unternehmer nicht weiß, wann die Eigentümergrundschuld dem Bauherrn zusteht und der Baugeldgeber nicht immer zur Auskunft bereit ist. Vielfach wird angenommen, der Bauhandwerker könne, um sich hier zu helfen, den Anspruch des Eigentümers auf die künf-

[1]) Siehe Staudinger, Sachenrecht, Bem. II 3b zu § 1163; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 3 zu § 1163, S. 422, Bd. II.

tige möglicherweise entstehende Eigentümergrundschuld pfänden. Es ist das eine sehr bestrittene Frage. Nach richtiger Ansicht ist eine solche Pfändung aber unstatthaft, denn solange, als der Eigentümer lediglich die Aussicht hat, später die Eigentümergrundschuld zu erwerben, ist noch kein Vermögensbestandteil vorhanden, der von dem Gläubiger angegriffen werden könnte.[1])

Häufig schließt der Bauherr mit einem Geldgeber einen festen „Vertrag" über die Hergabe von Baugeldern gegen Eintragung einer Hypothek für den vollen Betrag auf dem Baugrundstücke. Durch einen solchen Vertrag (pactum de mutuo dando) verpflichtet sich der Baugeldgeber, je nach dem Fortschreiten des Baues zwecks Fortführung desselben ratenweise das Darlehn auszuzahlen. Ist das der Fall, so kann der Bauhandwerker auf Grund eines vollstreckbaren Titels den Anspruch auf Auszahlung der Baugelder pfänden und sich überweisen lassen, oder, falls ein Arrestgrund gegeben ist, einen Arrest darauf ausbringen. Es darf natürlich durch eine solche Pfändung die Lage des Baugeldgebers nicht verschlechtert werden, sonst ist sie mit Rücksicht auf § 399 B. G. B. und § 851 Z. P. O. unwirksam. Der Pfändungspfandgläubiger kann auch niemals mehr Rechte erhalten, als der Bauherr besaß. Die Einwendung, die der Baugeldgeber anderen Pfändungspfandgläubigern entgegenstellen kann, daß er nur zum Zwecke des Baues und dessen Fortschreitens Geld hergebe, schlägt dem Bauhandwerker gegenüber nicht durch, da ja hier das Geld tatsächlich für den Bau verwendet wird.[2])

---

[1]) Siehe Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 3 zu § 1163, Bd. II, S. 423; Staudinger III., IV 11 zu § 1163; Henle, Recht 1906, S. 69; Höchtl S. 27, 28; siehe auch Budde, Deutsche Juristen-Zeitung 1906, S. 1224.

[2]) Siehe Staudinger, 2 II Bem. II 9 $\alpha\beta$ zu § 607; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 4 zu § 399, Bd. I, S. 416; Bem. 2 zu § 610, Bd. I, S. 570; Entscheidung des Reichsgerichts 6b, S. 359 vom 7. Oktober 1907; Oberlandesgericht München vom 21. Februar 1905 in Bayr. Zt. für R. Bd. 1, 1905, S. 205 ff.; bes. siehe Oberlandesgericht Dresden vom 28. November 1906, Rspr. 15, S. 14.

Gegebenen Falles sind auch die Vorschriften des § 138 B. G. B. über den Wucher von Vorteil für die Bauhandwerker. Wenn ein Baugrundstück unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinnes oder der Unerfahrenheit des Käufers derart über den wahren Wert hinaus verkauft worden ist, daß dieser in auffälligem Mißverhältnisse zu dem Kaufpreis steht, so ist der Kaufvertrag gemäß § 138, Abs. 2 B. G. B. nichtig. Der Verkäufer erwirbt daher die für ihn eingetragene meist sehr hohe Restkaufgeldhypothek nicht, weil ihm eine Kaufgelderforderung nicht zusteht. Ebenso ist ein Vertrag über zu gewährende Baugelder nichtig, wenn unter denselben Voraussetzungen dem Baugeldgeber allzu günstige Bedingungen eingeräumt werden. Hier erwirbt der Baugeldgeber eine Hypothek nur insoweit, als ihm eine Forderung gegen den Bauherrn, nämlich ein Rückforderungsanspruch auf Grund der tatsächlich erfolgten Hingabe der Gelder zusteht. Da die Nichtigkeit eine absolute ist, so kann sie von jedem, dessen Interesse durch das nichtige Geschäft berührt wird, geltend gemacht werden, so auch durch den beteiligten Bauhandwerker.[1]) Für diesen wird es allerdings meist ziemlich schwierig sein, den wucherischen Charakter des Rechtsgeschäftes nachzuweisen, da der Bauherr, der ja oft nur ein Strohmann des Baustellenverkäufers oder des eigentlichen Unternehmers und meist ganz mittellos ist, vielfach kein Interesse daran hat, den wahren Sachverhalt aufzudecken.

Es ist endlich noch zu erwägen, ob § 10, Ziffer 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes, wonach bei einem land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücke die in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehenden Personen wegen ihrer Lohnforderungen ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben, und ob § 61, Ziffer 1 K. O., der in ähnlicher Weise diesen Personen ein Vorrecht im Konkurse gibt, auf die Bauhandwerker Anwendung finden könne. Da aber diese Bestimmungen voraussetzen, daß es sich um Personen handelt, die auf Grund eines Dienstvertrages im

[1]) Siehe R. G. vom 2. Februar 1901, Entsch. 48, S. 293 ff.; R. G. vom 1. Oktober 1909 in J. Wochenschrift 1909, S. 696.

Sinne von § 621 B. G. B. Arbeiten leisten, so ist ihre Anwendung auf selbständige Bauhandwerker, die ja auf Grund von Werkverträgen arbeiten, nicht zulässig.[1])

II. Der Pfandrechtstitel.

§ 4. Entstehungsgeschichte des § 648.

Der im Jahre 1887 veröffentlichte erste „Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich" enthielt für den Werkmeister bei unbeweglichen Sachen keine Schutzbestimmung. Nur bei beweglichen Sachen war durch § 574 des ersten Entwurfs (in anderer Fassung § 647 B. G. B.) dem Unternehmer wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an den noch in seiner Innehabung befindlichen Sachen des Bestellers gewährt worden. Durch diese Beschränkung auf bewegliche Sachen beseitigte der Entwurf die von den früheren Rechten gegebenen Sicherungsmittel. Denn die von den Bauhandwerkern gelieferten Arbeiten werden Teile des Bauwerks, dieses aber erhält durch seine Verbindung mit dem Baugrundstück die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache. Eine dem § 648 B. G. B. entsprechende Vorschrift war in dem ersten Entwurfe nicht enthalten. Die Motive zum B. G. B. enthalten keine Erklärung über den Grund dieser Maßnahme. In den Motiven zum Entwurf eines Deutschen Zwangsversteigerungsgesetzes, die von derselben Kommission ausgearbeitet sind, hat diese versucht, den Schritt zu rechtfertigen. (Seite 95). Die Motive erklären, es seien zwar mehrfach Bestrebungen hervorgetreten, die ein Vorzugsrecht für die Bauhandwerker wegen der gelieferten Arbeiten

[1]) Wolff, Kom. zum Reichsgesetz über die Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung von 1909, S. 51 ff., Bem. 8 zu § 10; Reinhard, Zwangsversteigerung, 4. Aufl. 1913, S. 46, Bem. 3 zu § 10; Jaeger, K. O. Bem. 15 zu § 61, Bd. 1, S. 680.

und Materialien vor den eingetragenen Hypotheken forderten, doch lasse sich ein wirksamer Schutz nur unter Durchbrechung des von der neueren Gesetzgebung streng festgehaltenen Eintragungsprinzipes, wonach alle Hypotheken nur unter Voraussetzung der erfolgten Eintragung und nur nach der Reihenfolge der Eintragung wirken, ermöglichen. Ein solcher Bruch würde die Grundlage des Realkredits erschüttern und dadurch die Bauhandwerker schädigen. Denn fortan würde die Aufnahme von Baugeldern nur noch schwer und unter drückenden Bedingungen möglich sein, womit eine starke Abnahme der Bautätigkeit verbunden sein würde. Dadurch aber entgehe den Bauhandwerkern die Möglichkeit zu lohnender Beschäftigung.

Gegen die Versagung jeden Schutzes der Bauhandwerker im ersten Entwurf und die Verschlechterung des früheren Zustandes erhob sich alsbald nach Veröffentlichung des Entwurfes und der in seinem Vorwort enthaltenen Aufforderung zur Einreichung von Gutachten und Vorschlägen von allen Seiten starker Widerspruch.[1])

Von Interessenten war es zuerst der vom 1. bis 4. September 1888 in Stuttgart tagende Delegiertentag des Innungsverbandes Deutscher Baugewerksmeister, der sich der Frage annahm. Auf ein Referat des Kreisgerichtsrates Hilse wurde auf dessen Antrag hin von den anwesenden Vertretern von insgesamt 217 Bauinnungen mit zusammen 4880 Mitgliedern, einstimmig folgender Beschluß gefaßt: „Das in dem Entwurfe § 574 dem Unternehmer wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen zugestandene gesetzliche Pfandrecht an den von ihm gefertigten oder ausgebesserten, noch in seiner Innehabung befindlichen beweglichen Sachen des Bestellers ist auch auf den Baugewerksmeister an dem von ihm gefertigten Bauwerke derart zu erweitern, daß: a) derselbe in der Innehabung des auf dem Grund und Boden des Bestellers errichteten Gebäudes rechtsvermutet wird, bis dasselbe gemäß den Bestimmungen

[1]) Freese S. 22; Oertmann, Jahrb., S. 90 ff.; Gutachten S. 319; Oertmann, Handwörterbuch, S. 78; Plank, Kom., Bem. zu § 648.

des Bauverdingungsvertrages zur Ablieferung fertig übergeben und von dem Besteller übernommen wurde; b) die gleiche Rechtsvermutung sich bei einem Reparaturbaue auf die für einen solchen gefertigten Leistungen erstreckt; c) infolgedessen ihm ein Absonderungsrecht dergestalt gebührt, daß er vorzugsberechtigte Befriedigung aus dem Kauferlöse des mit seinem Werk versteigerten Grundbesitzes in Höhe desjenigen Betrages fordern darf, um welchen der Wert des Grundbesitzes durch das gefertigte Werk erhöht wurde, und zwar sowohl in dem Konkurse über das Vermögen des Bestellers, als auch außerhalb desselben, und selbst vor denjenigen Gläubigern, welche ein Grundschuld- oder Hypothekenrecht daran nach demjenigen Zeitpunkte erwarben, in welchem die Inangriffnahme der baulichen Arbeiten erfolgte; d) er dieses Vorzugsrecht, auch ohne Einwilligung des Bestellers, als Vormerkung zur Erhaltung desselben in der Rangordnung der Gläubiger auf dem Grundstücke eintragen lassen darf.

Unter Hinweis darauf, daß das B. G. B. voraussichtlich nicht sobald in Kraft treten werde, wurde, ebenfalls auf Antrag von Hilse, noch eine Petition an die gesetzgebenden Körperschaften Deutschlands beschlossen. Diese ging dahin, es solle in Ergänzung der Reichskonkursordnung angeordnet werden, daß im Konkurse über das Vermögen des Bauherrn dem Baugewerksmeister wegen der ihm aus der Bauverdingung entspringenden Ansprüche an Werklohn und für gelieferte Materialien ein gesetzliches Absonderungsrecht, sowie ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse des Grundstücks, in das solche geleistet wurden, vor denjenigen Hypothekenforderungen zugestanden werden, welche erst nach Beginn der Bauarbeiten zur Eintragung gelangten, sofern dieser Anspruch innerhalb 6 Monaten seit Fertigstellung des Bauwerkes gerichtlich festgestellt wurde.[1])

Weiterhin nahm der Deutsche Bund für Bodenbesitzreform in Verbindung mit den Berliner Bauhandwerkern die Angelegenheit auf. Er beschloß am

[1]) Siehe Freese S. 22; Oertmann, Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik 1903, S. 90; Zipse S. 42; Gutachten 1890 zum Entwurf eines B. G. B., Bd. II, S. 319.

17. Dezember 1891 folgende Petition, die mitsamt einer ausführlichen Begründung am 8. Januar 1892 dem damaligen Staatssekretär des Reichsjustizamtes und Vorsitzenden der Kommission für die 2. Lesung des B. G. B. Dr. Bosse überreicht wurde: „Sämtliche beim Neubau eines Gebäudes beteiligten Handwerker, Lieferanten und Arbeiter haben bis 6 Monate nach der baupolizeilichen Gebrauchsabnahme des Gebäudes für ihre durch Lieferung von Materialien und Arbeiten entstandenen Forderungen ein Recht auf Eintragung in das Grundbuch. Die so entstandenen Hypotheken genießen bei Gleichberechtigung unter sich ein Vorzugsrecht vor allen anderen dinglichen Belastungen, soweit solche nicht auf öffentlichen Titeln beruhen. Neubau im Sinne dieses Gesetzes ist jedes von Grund aus oder von der Erdoberfläche an errichtete Gebäude. Verträge, welche einen Verzicht auf dieses Recht ausdrücken, sind gesetzlich unwirksam. Die Baupolizei hat von jedem von ihr genehmigten Neubau im Sinne dieses Gesetzes der Grundbuchbehörde Nachricht zu geben, welche letztere ihrerseits den Hypothekengläubigern Anzeige zu machen hat. Den Hypothekengläubigern steht es nach Erhalt dieser Anzeige frei, binnen 30 Tagen ihre Forderungen zur Rückzahlung mit dreimonatlicher Frist zu kündigen. Vor Sicherstellung oder Auszahlung der gekündigten Forderungen darf mit dem Neubau nicht begonnen werden.[1]) Dieser Petition schlossen sich auf die Aufforderung des Bundes für Bodenreform zum Beitritt hin im Februar 1892 10 Berliner Innungen an, indem sie sich voll und ganz mit dem Inhalte derselben einverstanden erklärten und dieselbe dringend im Interesse des Handwerks befürworteten. Es waren das die Innungen der Maler, Gelb-, Kunst- und Metallgießer, Tischler, Dach- und Schieferdecker, der Steinsetzer, Tapezierer, Steinmetzen, Klempner, Bauhandwerker, Stuckateure und des Fuhrwerks sowie des Bauhandwerkervereins, eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Es wurde ferner eine große Versammlung der Bauhandwerker auf den 1. Februar 1892 in die „Tonhalle" einberufen, die auch

[1]) Gutachtliche Äußerung II, S. 319 ff.; Oertmann, Jahrbuch, S. 94; Freese S. 25, 26, 251, 252 ff.; Zipse S. 42.

von etwa 500 Teilnehmern besucht war. Nach einer eingehenden Kritik der Stellung des Bauhandwerks im Entwurf durch den Rechtsanwalt und Reichstagsabgeordneten Dr. Harmening aus Jena und Diskussion der Notlage des Bauhandwerkerstandes stimmte die Versammlung der Petition einstimmig zu und ließ durch eine gewählte Kommission dem Staatssekretär Dr. Bosse die Wünsche der Handwerker persönlich vortragen.[1]) Ebenso schloß sich der am 10. Februar 1892 unter Anwesenheit von 2000 Delegierten zu Berlin abgehaltene Deutsche Innungs- und Handwerkertag einstimmig der erwähnten Petition an. Der Handwerkerverein für den Westen und Südwesten Berlins forderte in seiner Eingabe an den Reichskanzler vom 26. Februar 1892 für die Bauforderungen ein gesetzliches Pfandrecht, das hinsichtlich des Mehrwertes allen anderen Rechten vorgehen, aber erlöschen sollte, wenn es nicht binnen 3 Monaten nach der baupolizeilichen Gebrauchsabnahme des Gebäudes eingetragen würde. Eventuell wurde als Absatz 3 zu § 574 vorgeschlagen, daß die im Grundbuch eingetragene Kaufgelderforderung für die Baustelle und die derselben vorgehenden älteren Eintragungen durch das gesetzliche Pfandrecht des Werkmeisters nicht berührt werden sollten.[2]) Eine Resolution der Versammlung des Allgemeinen Deutschen Handwerkerbundes in München, August 1888, wollte, der Zentralvorstand solle dahin wirken, daß Forderungen der Bauhandwerker an Bauten allen anderen Forderungen vorgingen und daß dieses Vorzugsrecht in das B. G. B. aufgenommen werde.

Auch von juristischer Seite fand der erste Entwurf in dieser Beziehung zahlreichen und gewichtigen Widerspruch. Der 20. Deutsche Juristentag nahm 1889 eingehend Stellung zur Frage des Schutzes der Bauhandwerker. Zwei Gutachten wurden ihm unterbreitet, die sich beide für die Ausdehnung des Pfandrechts der Unternehmer auf unbewegliche Sachen aussprachen. Das Gut-

[1]) Gutachtliche Äußerung Bd. II, S. 320; Zusätze Bd. VI, S. 461; Freese S. 27, 265; Oertmann, Jahrbuch, S. 95; Drost S. 15.

[2]) Gutachtliche Äußerung S. 320.

achten des Kreisgerichtsrates a. D. Dr. Hilse, des Rechtsverständigen des Innungsverbandes Deutscher Baugewerksmeister, der übrigens schon dem 19. Juristentag einen auf das Pfandrecht bezüglichen Antrag unterbreitet, denselben aber damals als aussichtslos zurückgezogen hatte,[1]) ging dahin, dem Werkmeister schon nach Inangriffnahme seiner Arbeiten den Pfandrechtstitel zu bewilligen, d. h. schon vor Fälligkeit seines Anspruches. Es sollte auf bloße Anmeldung beim Grundbuchrichter hin eine entsprechende Kautionshypothek zu Gunsten des Werkmeisters eingetragen werden, sofern dieser binnen 6 Monaten nach Fertigstellung der Arbeit den erforderlichen Antrag stellte. Der Grundbuchrichter hat die Hypothek zu löschen, wenn nicht binnen bestimmter Frist ein Ersuchen des Prozeßrichters um ihre Aufrechterhaltung bez. Umschreibung in eine definitive Hypothek eingeht.[2]) Das andere Gutachten von Rechtsanwalt Dr. Staub wollte dem Werkmeister einen Pfandrechtstitel gemäß den preußischen Bestimmungen nur wegen seiner fälligen Ansprüche gewähren, sodaß ihm das Recht zustände, nach Glaubhaftmachung seiner Ansprüche unter Vermittelung des Prozeßrichters im Wege der einstweiligen Verfügung eine Sicherheitshypothek auf das Grundstück eintragen zu lassen.[3]) Im Gegensatz zu beiden Gutachten beantragte der Referent des Juristentages, Justizrat M. Levy, in der Sitzung der 2. Abteilung am 12. September 1889, folgende Resolution anzunehmen:

> „Das durch § 574 des Entwurfs zugestandene Pfandrecht des Werkmeisters an beweglichen Sachen ist auf unbewegliche Sachen nicht auszudehnen."

Obwohl in der Diskussion sämtliche Redner (Dernburg, Rechtsanwalt Dr. Staub-Berlin, Rechtsanwalt Dr. Scherer-Leipzig und Rechtsanwalt Dr. Beckh-Nürnberg) sich für den Pfandrechtstitel ausgesprochen hatten,

[1]) Gutachten Bd. II, S. 450 ff.
[2]) Gutachten zum 20. Juristentag 1889, Bd. I, S. 218—247.
[3]) Gutachten S. 248—258.

wurde die von Levy vorgeschlagene Resolution mit 20 gegen 20 Stimmen angenommen, wobei allerdings nur die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gab.[1])

Gegen den Beschluß des Juristentages wendete sich eine erneute Eingabe des Innungsverbandes Deutscher Baugewerksmeister.[2]) Diese beantragte, dafür einzutreten, daß auch dem Werkmeister der unbeweglichen Sachen zur Sicherung seines Werklohnanspruchs ein gesetzlicher Pfandrechtstitel im B. G. B. zugestanden werde, welcher ihm dessen Eintragung auf das Grundstück auch ohne Zustimmung des Bauherrn ermögliche. Eventuell bat der Verband, bei den etwaigen künftigen Beratungen seinen geschäftsführenden Ausschuß oder doch den Rechtsbeistand des letzteren, Kreisgerichtsrat Hilse, als Mitberater zuzuziehen. In der Eingabe des Innungsverbandes wird ferner erwähnt, daß auch die juristische Gesellschaft zu Berlin sich dahin ausgesprochen habe, daß der begehrte Pfandrechtstitel mit dem im Entwurfe durchgeführten Eintragungsprinzipe zu vereinbaren sei.[3])

Zahlreiche Juristen traten in Wort und Schrift für die Bauhandwerker ein, so Bähr in seinem „Gegenentwurf für das B. G. B." von 1892. Er forderte in § 620 für den Bauführer wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen an dem Grundstück, auf dem der Bau errichtet wird, ein gesetzliches, allen anderen Rechten an dem Grundstücke vorgehendes Pfandrecht in dem Umfange der Werterhöhung des Grundstücks. Das Pfandrecht sollte jedoch gegenüber andern, die Rechte an dem Grundstücke erworben haben oder erwerben, nur erhalten bleiben, wenn der Bauführer innerhalb von 3 Monaten nach Vollendung seiner Bauarbeiten die Eintragung oder, falls der Eigentümer in diese nicht einwilligt, die Vormerkung seines Rechtes im Grundbuche erwirkt. Die Vormerkung sollte auf einseitigen Antrag des Bauführers einzutragen sein, wenn dieser seinen Anspruch glaubhaft macht, oder wenn er auf solchen Klage erhebt. Mehrere

[1]) Verhandlung des 20. Juristentages, S. 215—238.

[2]) Gutachtliche Äußerung VI, S. 461.

[3]) Siehe auch Baugewerkszeitung, Jahrgang 22, Nr. 9.

Bauführer sollten im Range ihrer Pfandrechte gleichstehen. Bähr erklärte, er halte es für einen Anspruch der Gerechtigkeit, daß dem Bauführer für seine in rem versio in dem Umfange derselben ein Pfandrecht an dem Grundstücke zugebilligt werde. Von den übrigen Juristen, die für die Bauhandwerker eintraten, seien hier nur erwähnt: Dernburg, Gierke, Ehrenberg, Oertmann, Hilse, Fuchs.[1]) Die meisten von denen, die zu dieser Frage Stellung nahmen, verlangten ein privilegiertes Pfandrecht. Prof. Dr. Ehrenberg verlangte besonders, daß das Pfandrecht des Werkmeisters als ein absolutes zu gestalten sei, sodaß es durch Privatdispositionen (Verzicht) nicht wirksam beseitigt werden könne, weil sonst zu befürchten sei, daß die großen Unternehmer in die Verträge eine Klausel aufnehmen würden, wonach der Werkmeister auf seine gesetzliche Hypothek zu Gunsten des Bauunternehmers bez. Grundeigentümers verzichte.

Auch in den gesetzgebenden Körperschaften kamen die Mißstände im Baugewerke öfters zur Sprache, besonders im Reichstag, Preuß. Abgeordneten- und Herrenhaus. Auch dort hielt man einen Schutz der Bauforderungen für nötig.[2])

---

[1]) Dernburg in dem sehr eingehenden Aufsatz: „Der Entwurf eines R. G. über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke" in der Zeitschrift „Pionier" von 1890 Nr. 19, 21, 24; von 1891 Nr. 2—4 (Jahrgang VI und VII); Gierke in seiner Schrift: „Gegen den Gesetzentwurf eines B. G. B." S. 248, 273; Oertmann im „Jahrbuch für Nationalökonomie und Statistik" 1893, S. 87 ff.; derselbe: „Die Vorschläge betr. das Pfandrecht der Bauhandwerker" im „Juristischen Literaturblatt" 1895, S. 121—123; auch im „Handwörterbuch der Staatswissenschaft" 1901, S. 76 ff.; Hilse in „Kohlers Archiv für bürgerliches Recht" II, S. 73 ff.; Fuchs: „Das Wesen der Dinglichkeit", S. 126, 127, 154; Ehrenberg: „Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts" Nr. 5, Jahr 1892, S. 51.

[2]) Reichstagsdrucksachen von 1893/94 Nr. 126, 271; von 1894/96 Nr. 28, 56; von 1895/96 Nr. 36/39; Drucksachen des Preuß. Abgeordnetenhauses von 1892 Nr. 69, 249; 1892/93 Nr. 95, 260; 1895 Nr. 270; Stenogr. Berichte 1894, S. 476; Herrenhaus: Stenogr. Berichte 1892, S. 281—283; 1895, S. 42—49; Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten des Bayr. Landtages 1885/86, S. 540—545, 569, 583.

Doch die größere Zahl der deutschen Regierungen, so Bayern, Sachsen, Württemberg, Mecklenburg, stimmten den fraglichen Bestimmungen des Entwurfes zu, indem sie der Ansicht waren, daß von der Beseitigung des Hypothekentitels oder der Nichteinführung des Vorrechtes der Bauhandwerker nachteilige Folgen nicht zu gewärtigen seien. Einwendungen wurden nur von Preußen und Baden erhoben. Der preußische Justizminister schlug in seinen Bemerkungen über die in dem Rundschreiben des Reichskanzlers vom 27. Juni 1889 hervorgehobenen Punkte (Nr. 26b S. 115) für den § 574 folgenden Zusatz vor: „Dem Übernehmer eines Bauwerkes steht das Recht zu, zur Sicherung seiner Forderungen für geleistete Arbeit, Auslagen und Hergabe von Stoffen die Eintragung einer Sicherungshypothek an den dem Besteller gehörenden Baugrundstücke zu verlangen." In der ausführlichen Begründung wird zunächst die Forderung auf Gewährung einer gesetzlichen Vorzugshypothek als zu weit gehend zurückgewiesen, weil sie das Grundbuchsystem über den Haufen werfen und den Realkredit schädigen würde. Dann wird aber geltend gemacht, der in dem Zusatz vorgeschlagene Schutz rechtfertige sich aus dem Gesichtspunkt der versio in rem und sei auch nötig, weil das Zurückbehaltungsrecht wegen der Vorleistungspflicht nicht anwendbar sei.

Auf Petitionen des Dr. Stolp in Charlottenburg und des Bundes für Bodenbesitzreform, betreffend den Schutz der Bauhandwerker, faßte die Justizkommission des preußischen Abgeordnetenhauses in der Sitzung vom 27. Mai 1892 auf Antrag des Referenten Landgerichtspräsident Karsch den Beschluß, die Erwartung auszusprechen, daß die Königl. Staatsregierung ihren Einfluß beim Reiche nachdrücklich dahin geltend machen werde, daß der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in Gemäßheit des obenerwähnten Vorschlages des Justizministers ergänzt werde.[1])

Auf diese vielfachen Abänderungsvorschläge hin befaßte sich die zweite Kommission, die zur Ausarbeitung eines

[1]) Drucksachen des preußischen Abgeordnetenhauses 1892 Kommissionsbericht Nr. 69.

Bürgerlichen Gesetzbuchs eingesetzt war, eingehend mit § 574 des 1. Entwurfs. In der 2. Kommission wurden zu diesen Paragraphen 5 Anträge gestellt,[1]) nämlich:

1. Dem Übernehmer eines Bauwerks steht das Recht zu, wegen seiner fälligen Forderungen für geleistete Arbeit und Auslagen die Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers zu verlangen;
2. die unter 1 vorgeschlagene Bestimmung nicht aufzunehmen.
3. Derselben die Fassung zu geben:
   „Bei Grundstücken hat der Unternehmer eines in sie zur Verwendung gelangten Werkes wegen seiner Forderungen für Arbeit (Material) und Auslagen das Recht auf Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Grundstücke";
4. folgende Bestimmungen hinzuzufügen:
   „Dem Übernehmer eines Bauwerks oder einzelner Teile desselben steht das Recht zu, wegen seiner Forderungen für Arbeit (Material) und Auslagen die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke des Bestellers zu verlangen und zur Sicherung der Stelle derselben in der Reihenfolge der Eintragungen nach Maßgabe des § 845 eine Vormerkung auf dieses Grundstück eintragen zu lassen. Mehrere Hypotheken für Forderungen aus demselben Bauwerke haben unter sich den gleichen Rang. — Die Vormerkung ist auf Antrag des Eigentümers zu löschen, wenn nicht binnen 6 Monaten nach Abnahme des Bauwerks die Umschreibung derselben in eine Hypothek bewirkt oder auf dieselbe geklagt ist".
5. Dem § 574 als Absatz 2 hinzuzufügen:
   „Der Übernehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines solchen hat gegen den Besteller einen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke wegen seiner Forderungen aus dem Werkvertrage",

---

[1]) Protokolle der II. Kommission Bd. II, S. 321 ff.

eventuell dieser Bestimmung hinzuzufügen:

„Dieser Anspruch steht ihm, wenn die Forderungen noch nicht fällig sind, nur für einen der bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Betrag der versprochenen Vergütung und die in dieser nicht mit inbegriffenen Auslagen zu".

Gegen die Vorschrift des § 574 selbst wurden Einwendungen nicht erhoben.

Von den Anträgen wollten der Antrag 1 den Anspruch auf Hypothekenbestellung nur wegen der fälligen Forderungen geben, der Antrag 4 und der Hauptantrag 5 wegen aller Forderungen aus dem Werkvertrage schon vor der Fälligkeit, der Antrag 3 und eventuelle Antrag 5 wegen der nicht fälligen Forderungen nur in Höhe eines den gelieferten Arbeiten entsprechenden Teiles der Vergütung. Der Antrag 4 wollte im Gegensatz zu den anderen Anträgen eine Verkehrshypothek gewähren, während der Antrag 3 als einziger auch die Forderungen für Herstellung eines zur Verwendung in den Bau bestimmten, aber nicht von dem Herstellenden selbst in den Bau zu verwendenden Werkes einbeziehen wollte. Diese Verschiedenheit ließ der Antragsteller zu 3 aber vor der Abstimmung fallen.

Die Kommission behielt sich die Entscheidung über die Zulassung einer Vormerkung und über die Rangordnung mehrerer Hypotheken bis zur Beratung des Sachenrechts vor. Sie lehnte den Antrag 4, soweit er einen Anspruch auf Bestellung einer Buchhypothek geben will, ab, ebenso den prinzipalen Antrag 5, nahm dagegen den eventuellen Antrag 5 an, wodurch sich die übrigen Anträge erledigten. Entsprechend den angenommenen Anträgen stellte die Kommission dann den § 583 Abs. II, den jetzigen § 648, in den 2. Entwurf ein.

Gegen die Gewährung eines gesetzlichen Anspruchs auf Hypothekenbestellung gemäß den Anträgen wurde in der Kommission folgendes vorgebracht: Sie sei von geringem Werte und befriedige die gewerblichen Kreise keineswegs, die ein Vorzugsrecht vor allen Hypotheken verlangten. Ein solches müsse jedenfalls auf den Betrag beschränkt werden,

um den sich der bei der Zwangsversteigerung erzielte Erlös durch die Leistungen der Baugewerksleute erhöhe, sei also von schwer feststellbaren Voraussetzungen abhängig und würde darum einen ungewissen Rechtszustand schaffen. Ein solches Vorzugsrecht stände auch im Widerspruch mit der Grundbucheinrichtung und dieser Zustand müßte auf den Realkredit des Eigentümers den ungünstigsten Einfluß ausüben.

Nicht minder undurchführbar sei der Vorschlag des Bundes für Bodenbesitzreform (Seite 33 ff.), der den Bauhandwerkern ein Vorzugsrecht und den Hypothekengläubigern, um sie gegen die hieraus entstehenden Gefahren zu schützen, ein Kündigungsrecht innerhalb eines Monats mit vierteljährlicher Frist gewähren wolle. Derartige Vorschriften würden nur die Ausbildung eines Monopols großer Unternehmer beschleunigen, was mit der daraus entstehenden Abhängigkeit von diesen bald zu noch lebhafteren Klagen als die bisherigen Verluste führen würde.

Ein unmittelbares gesetzliches, von der Eintragung unabhängiges Vorzugsrecht sei mit der Grundlage, auf der sich der Realkredit entwickelt habe und die ihm der Entwurf auch in Zukunft geben werde, unvereinbar. Es sei auch gar nicht Aufgabe der Gesetzgebung, die Baugewerksleute auf alle Fälle vor Schaden zu bewahren und ihnen zu ermöglichen, bei Übernahme der Arbeiten von jeder Prüfung der Vermögenslage des Bauherrn abzusehen. Wenn sie auf gewagte Geschäfte eingingen, sei das Gesetz nicht berufen, ihnen die dingliche Sicherheit zu verschaffen, die sie beim Abschlusse des Werkvertrags für entbehrlich gehalten haben, und ihnen die Gefahr ihrer gewagten Geschäfte abzunehmen.

Weniger bedenklich als ein gesetzliches Vorzugsrecht sei der bloße Anspruch auf Hypothekenbestellung. Dieser sichere jedoch den Werkübernehmer nur dann wirklich, wenn er den Anspruch sofort nach dem Vertragsabschlusse, vor dem Beginne der Arbeit, habe. Aber in den Fällen, wo der Besteller das zur Herstellung des Baues erforderliche Kapital nicht selbst besitze, müsse der Unternehmer entweder auf die Hypothekenbestellung verzichten oder dem Baugeldgeber den Vorrang einräumen. Wollte man den Anspruch jedoch für

den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung gewähren, so würde der Besteller, der zur Beschaffung des Baukapitals des durch das Grundstück gewährten Realkredits bedürfe, in seinen Dispositionen gefährdet, wenn der Unternehmer zu jeder Zeit für eine Teilforderung die Eintragung einer Hypothek verlangen könne. Das Recht könne leicht dazu mißbraucht werden, den Besteller zur Bewilligung übermäßiger Forderungen geneigt zu machen. Der Anspruch auf Hypothekenbestellung vermöge so wenig den Schäden im Bauwesen abzuhelfen, wie der gesetzliche Hypothekentitel des preußischen und bayrischen Rechtes deren Ausbildung zu hindern vermocht habe. Es sei nicht anzunehmen, daß bei Abschaffung desselben die Verluste sich wesentlich steigern würden. Der Hypothekentitel sei nicht das einzige Mittel, dingliche Sicherheit zu erlangen. Der Arrest diene demselben Zweck, und in den meisten Fällen, in denen von dem Hypothekentitel Gebrauch gemacht werde, sei die Ausbringung eines Arrestes möglich. Der Hypothekentitel sei auch nur anwendbar, wenn dem Unternehmer der Eigentümer als Besteller gegenüberstehe, Handwerker, die von einem Hauptunternehmer angenommen seien, hätten keinen Hypothekentitel.

Die Mehrheit erkannte, abweichend von diesen Ausführungen, die Klagen der beteiligten gewerblichen Kreise über die Mißstände im Baugewerbe als teilweise begründet an, wenn sie auch annahm, daß die letzteren zum Teil an den Verlusten selbst schuld wären, indem sie in dem Streben nach hohem Gewinn ohne die notwendige Prüfung der Kreditwürdigkeit des Bauherrn sich zu leicht mit unsoliden Bauspekulanten einließen. Sie ging davon aus, daß der Bauunternehmer durch seine Arbeit den Wert des Grundstücks erhöhe, und daß es deshalb billig sei, wenn der Mehrwert ihm für seinen Werklohn, seine Auslagen und die verwendeten Materialien vorzugsweise hafte. Der Unternehmer könne sich, weil er zur Vorleistung verpflichtet sei, nicht durch Zurückbehaltung seiner Leistung sichern, wie dies der Lieferant von Baumaterialien könne. Allerdings könne die Rücksicht auf den Realkredit nicht gestatten, den Schutz durch ein gesetzliches, von der Eintragung unabhängiges Vorzugsrecht zu gewähren. Die Gewährung eines Anspruchs auf Hypotheken-

bestellung sei darum die einzige Form, in der ein Schutz der Bauhandwerker möglich sei. In Preußen sei von dem Pfandrechtstitel vielfach Gebrauch gemacht worden, er habe sich da als wertvoll erwiesen. Dafür, nur einen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek zu gewähren, nicht auf Einräumung einer Verkehrshypothek komme in Betracht, daß die hier fragliche Hypothek ihrem Zwecke nach eine Art Arresthypothek sei, die nur nicht vom Nachweise der Gefährdung abhänge. Die Einräumung einer Buchhypothek gehe über den Zweck der Sicherung hinaus und würde bedeuten, daß die Bauhandwerker vom Besteller die Übertragung eines Vermögensrechts zahlungshalber zum Zwecke ihrer Befriedigung verlangen könnten.

Die von der zweiten Kommission beschlossenen Bestimmungen des § 583 II, der als § 638 in den sogenannten revidierten, dem Bundesrate vorgelegten Entwurf eingestellt wurde, fanden die Zustimmung des Bundesrats und gingen unverändert als § 638 in den Entwurf III (Reichstagsvorlage) über.

In der Reichstagskommission wurde der Antrag gestellt, den ersten Satz des § 638 folgendermaßen zu fassen:[1])

„Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes, sowie diejenigen, welche Arbeiten für das Bauwerk ausgeführt oder Waren zum Bauwerk geliefert haben, können für ihre Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Hypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen".

Der Antrag wurde wie folgt begründet:

„Es sei wünschenswert: 1. Das vom Entwurf gewährte Recht auf Sicherstellung nicht auf diejenigen Unternehmer und Handwerker zu beschränken, welche mit dem Eigentümer des Baugrundstücks unmittelbar kontrahiert haben, sondern es auch denjenigen zu gewähren, welche ihrerseits wieder mit dem Hauptunter-

[1]) Stenographische Berichte Session 1895/97, Bericht der Reichstagskommission, Anlageband 3, Aktenstück Nr. 440 der amtlichen Drucksachen S. 1979, 1980; Kommentar von Meisner Bem. zu § 648.

nehmer einen Werkvertrag abgeschlossen hätten. 2. Die gleiche Befugnis sei den Lieferanten, auch wenn sie nicht Unternehmer oder Bauhandwerker seien, zu gewähren. 3. Endlich empfehle es sich, ihnen nicht nur das Recht auf die Einräumung einer Sicherungshypothek, sondern vielmehr auf eine feste Hypothek zu gewähren".

Allein von den Vertretern der Regierung und aus der Mitte der Kommission wurde eingewandt, die unter 1. erwähnte Ausdehnung führe zu großer Verwirrung und belaste gegebenenfalls das Grundstück für ein und dieselbe Leistung mehrfach. Für die Ausdehnung unter 2. sei kein Bedürfnis vorhanden, denn die Lieferanten von Baumaterialien seien in der Regel kapitalkräftig genug, um ihre Interessen selbst zu wahren, brauchten außerdem auch nicht vorzuleisten und seien also im Stande, ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben. 3. Die Gewährung einer Hypothek statt einer Sicherungshypothek endlich sei für den Schutz des Bauunternehmers nicht erforderlich, häufig dagegen den Interessen des Eigentümers zuwider.

Der gestellte Antrag wurde daraufhin mit großer Mehrheit abgelehnt.

Ferner wurde zu § 638 beantragt, die Voraussetzung auszusprechen, „daß in dem Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen für die in § 638 bezeichneten Forderungen ein Vorzugsrecht vor den voreingetragenen Hypotheken in Höhe der Wertsteigerung des Grundstücks aufgenommen werde". Man wies aber darauf hin, daß die Sicherung der Bauhandwerker, die überall auf das ernsteste erwogen würde, in befriedigender Weise nur durch ein Spezialgesetz erfolgen könne, und daß ein solches durch den gestellten Antrag verhindert werden würde. Es ginge auch nicht an, von fast 30 Vorschlägen einen einzigen herauszugreifen, ohne zu wissen, ob derselbe wirklich zum Ziele führe.

Auch dieser Antrag wurde mit großer Mehrheit abgelehnt.

Im Plenum des Reichstags stellten Auer und Genossen den Antrag, zu § 638 folgenden Zusatz zu machen:

„Das gleiche Recht steht dem Lieferanten von Materialien für das Bauwerk und dem Arbeiter zu, welcher eine Arbeitsleistung in das Bauwerk verwendet hat".[1]) In der Sitzung vom 22. Juni 1896 kam er zur Verhandlung. Der Abgeordnete Frohme sprach mehrfach für diesen Antrag. Der Kommissar des Bundesrates Struckmann erklärte sich jedoch energisch gegen seine Annahme, und auch die Abgeordneten Lenzmann, Dr. von Cuny, Dr. von Buchka und Dr. Enneccerus baten, es bei dem Beschlusse der Kommission zu belassen, wobei der Berichterstatter Dr. Enneccerus auf eine Frage des Abgeordneten Frohme, was im Sinne des Paragraphen als ein Gebäudeteil zu verstehen sei, ob jeder Handwerker, der irgend etwas an dem Gebäude gemacht oder geleistet habe, von dem Rechte dieses Paragraphen Gebrauch machen könne, unter Zustimmung der Regierungskommissare ausführte, „daß jeder, der irgend eine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung eines Gebäudes geleistet habe infolge eines unmittelbar mit den Eigentümern des Gebäudes geschlossenen Werkvertrages, ein Recht habe, auf Grund dieses Paragraphen die Sicherungshypothek eintragen zu lassen".

Der Antrag wurde daraufhin abgelehnt und der § 648 entsprechend der Reichstagsvorlage in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt.[2]) Er lautet:

> „Der Unternehmer eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen."

[1]) Nr. 465 der Drucksachen von 1896 ad 42.

[2]) Stenograph. Bericht der Reichstagsverhandlung Session 1895—97, S. 2815 D ff.

§ 5. Begriff des Baugewerksunternehmers nach § 648.

Erste Voraussetzung des Anspruchs aus § 648 ist, daß ein Werkvertrag vorliegt,[1]) also ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung eines Werkes, eines bestimmten Arbeitserfolges, und der Besteller zur Leistung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Nur Ansprüche aus einem solchen werden geschützt, nicht aber andere Forderungen, mögen sie auch mit einem Werke, speziell einem Baue zusammenhängen. Daß ein Werkvertrag vorliegen muß, ergibt zweifelsfrei die Entstehungsgeschichte des Paragraphen, insbesondere die Verhandlungen der 2. Kommission und die Reichstagsverhandlungen. (S. oben S. 39 ff., 45.) Auch die Stellung des Paragraphen zwischen den Vorschriften über den Werkvertrag weist darauf hin.

Der Begriff des Unternehmers

nach § 648 ist also zunächst derselbe wie der allgemeine des Werkvertrags in § 631 B. G. B. Nach diesem Paragraphen ist Unternehmer der Vertragsteil in einem Werkvertrage, der zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet ist.

Das Recht aus § 648 ist nicht etwa gegeben auf Grund der bloßen Tatsache der Arbeit, es muß vielmehr nach § 648 unbedingt ein Vertrag vorliegen. Das geht aus den Worten „aus dem Vertrage" im § 648 hervor. Der Anspruch des § 648 ist daher nicht gegeben, wenn jemand aus irgend einem Grunde Arbeiten in einen Bau leistet, ohne daß er zum Grundstückseigentümer in einem entsprechenden Vertragsverhältnis steht. Für eine Forderung aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag findet § 648 niemals An-

[1]) Vergl. Staudinger, Bem. II 1 zu § 648; Kommentar von Neumann, Bem. zu § 648; Planck, Bem. 2b zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 648, Bd. 1 S. 602; Krome II, S. 693; Goldmann-Lilienthal § 172.

wendung, so z. B. nicht, wenn ein Handwerker für einen Hausbesitzer aus freien Stücken, etwa aus Freundschaft, um Schaden zu verhüten, eine notwendige Reparatur an dessen Haus ausführt.

Ebensowenig ist der Anspruch aus § 648 gegeben, wenn der zwischen dem Unternehmer und dem Besteller abgeschlossene Vertrag nichtig oder zu Recht angefochten ist. (§ 116 ff. B. G. B.) Ist der Unternehmer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, z. B. ein Minderjähriger, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, so hängt die Wirksamkeit des von ihm abgeschlossenen Werkvertrages von der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters ab. (§ 108 B. G. B.) Ein solcher in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Unternehmer hat daher nur dann den Anspruch aus § 648, wenn sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag genehmigt, nicht aber, trotz etwa bereits in den Bau geleisteter Arbeit, wenn der gesetzliche Vertreter die Genehmigung verweigert.

Da, wie eben ausgeführt, ein Werkvertrag vorliegen muß, steht § 648 dem nicht zur Seite, dessen Forderung aus einem Dienstvertrage, also einem Vertrage, dessen Gegenstand die Arbeit als solche, ein bestimmtes Maß einzelner Dienstleistungen ist, erwachsen ist, der auf Grund eines solchen Baumaterialien in das Grundstück des Dienstherrn einfügt oder andere Arbeiten daran vernichtet.[1])

Anderer Ansicht ist Rümelin, der S. 247 erklärt, auch bei § 648 liege kein Grund vor, die in Aussicht genommene Sicherheit davon abhängig zu machen, ob der Arbeitnehmer eine Gefahr trägt, ob also Dienst- oder Werkvertrag vorliegt. Er nehme keinen Anstand, auch beim Dienstvertrag einen Anspruch auf die Sicherheitshypothek einzuräumen, denn der Gesichtspunkt der Vorleistungspflicht und der Werterhöhung treffe auch beim Dienstvertrage zu.

[1]) Ebenso Dernberg, Bem. IIIa zu § 648; Drost S. 23; Neumann, § 648 1c; Reichsgerichtsrätekommentar, Bem. 1b zu § 648, Bd. I, S. 602; Planck, Bem. 2b zu § 648; Enneccerus, § 374 II, v. Schele § 2; R. G. vom 14. Dezember 1909, Entsch. Bd. 72, S 281; R. G. vom 18. Mai 1906, Bd. 63, S. 312; Kammerg.-Rechtspr., Bd. 10, S. 181.

Wenn auch Rümelin zuzugeben ist, daß bei den Reichstagsverhandlungen der Begriff Werkvertrag tatsächlich nicht im Gegensatz zum „Dienstvertrag" gestellt worden ist (oben S. 45) und daß zuweilen auch für die Forderungen aus einem Dienstvertrage ein Schutzbedürfnis vorliegt, so kann seiner Ansicht doch nicht beigestimmt werden. Die Erklärung des Berichterstatters Enneccerus im Reichstag, der ausdrücklich auf den Werkvertrag Bezug nimmt, spricht zum mindesten nicht für Rümelins Annahme. Es ist nicht zulässig, den § 648 auf den Dienstvertrag analog anzuwenden. Er ist, wie Hilse zutreffend im Recht 1909 S. 459 ausführt, seiner ganzen Natur nach eine Ausnahmevorschrift, als solche streng auszulegen und nicht weiter auszudehnen, als nach dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte angenommen werden kann. „Unternehmer" bedeutet im B. G. B. den technischen Ausdruck für den einen Vertragskontrahenten im Werkvertrag, während der entsprechende Vertragsteil beim Dienstvertrag stets „der zur Dienstleistung Verpflichtete" genannt wird. Die Fassung des § 416 der alten Konkursordnung zwang nicht zu der Annahme, daß das darin gegebene Vorzugsrecht nur auf dem Gebiete des Werkvertrags eine Rolle spielte, vielmehr mußte man annehmen, daß das Vorzugsrecht auch bei unentgeltlichen Verträgen, z. B. Auftrag, entstand. Aus der Ausdrucksweise des B. G. B. geht aber klar hervor, daß es den Anspruch aus § 648 auf das Gebiet des Werkvertrags beschränkt und eine analoge Ausdehnung auf den Auftrag oder den Dienstvertrag nicht zuläßt.[1])

Auch auf Forderungen aus einfachen Lieferungskäufen bezieht sich § 648 nicht;[2]) der Holzhändler z. B.,

[1]) Nach § 18 B. F. S. G. gelten aber auch die auf Grund eines Dienstvertrages an der Herstellung eines Gebäudes Beteiligten als Baugläubiger im Sinne dieses Gesetzes.

[2]) Protokoll der 2. Lesung S. 327 (oben S. 40); Bericht der Reichstagskomm. oben S. 44; Verhandlungen des Reichstags oben S. 45; Reichsgerichtsrätekommentar, Bem. 1a zu § 648, Bd. I, S. 602; Enneccerus, § 374 II; Staudinger, Bem. II 1a zu § 648; Planck, Bem. 2b zu § 648; Oertmann, Kommentar, Bem. 3a zu § 648; Dernburg, § 323, III a; Matthiaß, § 123, S. 328.

der sich zur Lieferung von unbearbeitetem Holze für einen Bau verpflichtet, hat den Anspruch des § 648 nicht. Alle Verkäufer von Baumaterialien sind nicht geschützt. Da diese nicht vorzuleisten brauchen, sondern nur zur Leistung Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sind, sind sie im Stande, sich durch Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes zu schützen. Nach Ansicht der Kommission für die 2. Lesung (oben S. 40) fehlt es deshalb an einem Bedürfnis zur Ausdehnung des Schutzes auf sie, zumal sie in der Regel kapitalkräftig genug sind, um ihre Interessen selbst wahren zu können, indem sie den Käufern ihre Bedingungen vorschreiben.[1]) Gleichgültig ist dabei, ob es sich um die Lieferung fertiger oder erst herzustellender Gegenstände handelt, ob der Ziegeleibesitzer z. B. die Ziegel aus seinen vorhandenen Vorräten liefert oder erst anfertigt.[2])

Auch dann kommt § 648 *nicht* in Betracht, wenn ein *Werklieferungsvertrag* nach § 651 B. G. B. vorliegt.[3]) Bei einem solchen hat der Unternehmer den Stoff zur Herstellung des Werkes zu beschaffen und der Vertrag wird grundsätzlich als Kauf behandelt. Handelt es sich dabei um die Lieferung einer vertretbaren Sache, so finden sämtliche Vorschriften über den Kauf unverändert Anwendung. Bei Lieferung einer nicht vertretbaren Sache gelten die Vorschriften über den Kauf, aber mit der Einschränkung, daß, soweit für den Werkvertrag abweichende Normen bestehen, diese Platz greifen. Es ist jedoch hervorzuheben, daß bei beiden Arten von Werklieferungsverträgen der § 648 kraft ausdrücklicher Vorschrift ausgeschlossen ist. (§ 651, Abs. 1.) Nach Abs. II von § 651 *finden jedoch ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung, wenn der Unternehmer*

[1]) Auch auf die bloßen Lieferanten erstreckt sich aber nach § 18 der Schutz des B. F. S. G.

[2]) Protokolle der 2. Kommission S. 327.

[3]) Ebenso *Staudinger*, Bem. II, 1c zu § 648; Reichsgerichtsrätekommentar, Bem. 1a zu § 648, Bd. I, S. 602; *Riezler*, S. 156; *Planck*, Bem. 2b zu § 648; *Neumann*, Bem. 1c zu § 648; Protokolle S. 322 bez. Antrag 3.

sich nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet. Als ein unter § 651 Abs. 2 gehörender Fall ist auch die Erbauung eines Hauses auf dem Grundstück des Bestellers zu betrachten. Auch wenn der Unternehmer sämtliches Material zu dem Hausbau beschaffte, galt doch ein solcher Vertrag schon im römischen und gemeinen Rechte nicht als emptio venditio, sondern als locatio conductio.[1]) Im § 568 Abs. 2 des ersten Entwurfs eines Deutschen B. G. B. hatte man diesen Gedanken zum Ausdruck gebracht durch die Worte: „Dies gilt auch dann (d. h. die Vorschriften über den Werkvertrag finden ausschließlich Anwendung), wenn aus dem von dem Übernehmer zu beschaffenden Stoffe ein Bauwerk auf dem von dem Besteller zu beschaffenden Grund und Boden herzustellen ist." Dieser Passus wurde von der 2. Kommission gestrichen (Protokoll II S. 341), weil er zum Teil selbstverständlich war (nämlich dann, wenn ein Bauwerk auf eigenem Grund und Boden des Bestellers errichtet werden sollte, um dauernd mit ihm verbunden zu bleiben), zum Teil für unrichtig erachtet wurde, und zwar in dem Falle, daß das Bauwerk nur zu vorübergehenden Zwecken erbaut sei. Die Grundgedanken bezüglich des Eigentumsüberganges sind im römischen Rechte wie im B. G. B. dieselben. Nach römischem Rechte vollzieht sich der Eigentumsübergang ipso iure nach den Grundsätzen der Accession durch inaedificatio (superficies solo cedit). Das Grundstück gilt stets als substantia. Genau so ist es im B. G. B. Nach § 94 gehören Gebäude zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes und können als solche nicht Gegenstand besonderer Rechte sein (§ 93). Ferner erstreckt sich nach § 946 das Eigentum an einem Grundstücke auf eine bewegliche Sache, die mit dem Grundstück dergestalt verbunden ist (hier die Baumaterialien), daß sie wesentlicher Bestandteil von ihm wird. Das Grundstück ist also stets die Hauptsache und das Bauwerk, mag es noch soviel kostbarer sein, als der Grund und Boden, ist rechtlich stets als Nebensache zu betrachten. Es liegt

[1]) Diese Ansicht stützte sich auf l. 39 pr. D. de rei vind. 6, 1; l. 20 D. 18, 1; l. 22 § 2 D. 19, 2.

also in diesem Falle immer ein reiner Werkvertrag vor und § 648 gelangt zur Anwendung,[1]) denn bezweckt wird lediglich der Arbeitserfolg, nicht etwa die Verschaffung des Eigentums an Gebäuden. Der Besteller hat das Eigentum an den Materialien ja schon vor der Ablieferung des Baues durch Verbindung erlangt. Hat dagegen der Unternehmer selbst das Grundstück und auch die Baumaterialien zu beschaffen und demnächst dem Besteller zu Eigentum zu übertragen, so finden die Vorschriften des § 651 Abs. 1 Anwendung und der Unternehmer hat den Anspruch aus § 648 nicht.[2]) Das Recht auf eine Sicherungshypothek hat ja auch nur Sinn, wenn der Unternehmer seine Arbeit in ein fremdes Grundstück verwendet. Ein solcher Anspruch ist auch keineswegs erforderlich, da der Unternehmer durch sein Eigentum geschützt ist und sich bei der Übereignung durch Eintragung einer entsprechenden Hypothek sichern kann. § 651 Abs. 2 findet auch auf die Fälle keine Anwendung, in denen ein Bauwerk gemäß § 95 nicht Bestandteil des Grundstücks wird, z. B. wenn ein Zirkus zu vorübergehenden Zwecken auf einem öffentlichen Platze aus Materialien des Unternehmers errichtet wird. Es liegt hier je nach den Umständen Werkvertrag oder Sachmiete oder ein aus Sachmiete und Werkvertrag gemischter Vertrag vor.[3])

---

[1]) Siehe Motive zu § 568 II, S. 476; Protokolle II, S. 341; Staudinger, Bem. II 1, IIIb zu § 651; Planck, Bem. 1d zu § 651; Oertmann, Bem. 2a zu § 651; Enneccerus, § 376; Reichsgerichtsrätekommentar, Bem. Ia zu § 651, Bd. I, S. 604; Ochs, S. 67; Drost S. 26; Krome, § 265, 2; Neumann, Bem. 5 zu § 651; Achilles, zu § 651; Oberlandesgericht Kassel v. 11. April 1907, Rechtspr., Bd. 17, S. 418. Anderer Ansicht Lotmar, S. 212 ff., der bestreitet, daß ein Werkvertrag vorliegt und einen Werklieferungsvertrag annimmt, weil, wenn man die vom Unternehmer gelieferten Sachen gegenüber dem Grund und Boden als Nebensache ansehen wollte, das Gebäude aus lauter Nebensachen bestehen würde.

[2]) Siehe Hachenburg S. 84; Drost S. 27.

[3]) Protok. II S. 341; Staudinger Bem. IIIb zu § 651; Planck, Bem. 1d zu § 648. — Nach Riezler, § 10, liegen dann 1. ein als Kauf zu beurteilendes Lieferungsgeschäft und 2. ein reiner Werkvertrag vor, gerichtet auf Abbruch des Zirkus nach Beendigung der Saison.

Vielfach fließen die Grenzen zwischen Bauhandwerkern und Lieferanten stark ineinander. Oft lassen Lieferanten auch noch Arbeiten zur Einfügung ihrer Ware in den Bau durch ihre Arbeiter ausführen, so z. B. lassen Ofenlieferanten durch ihre Leute auch die Öfen setzen, während umgekehrt Bauhandwerker auch Material liefern. Die Entscheidung im Einzelfall kann äußerst schwierig sein. Näheres siehe unten S. 68 ff. Es kommen oft auch Mischungen verschiedener Verträge vor; so stehen besonders Werkvertrag und Dienstvertrag oder Werkvertrag, Werklieferungsvertrag und Kauf häufig bei Bauten in engem Zusammenhang. Es ist in einem solchen Falle zu prüfen, ob mehrere verschieden zu beurteilende Verträge vorliegen, oder nur ein einziger Vertrag, dessen Natur sich dann darnach bestimmt, welche Arbeit oder Leistung überwiegt, welche wirtschaftlich wichtiger ist. Sehr oft liefern Bauhandwerker bei Ausführung ihrer Arbeiten zugleich Material, z. B. Maurermeister Sand, Kalk, Zement, Dachdecker Ziegel oder Schiefer. Doch bleibt in diesen Fällen trotzdem meist die Ausführung der Arbeit, die Herbeiführung des Erfolges, z. B. das Decken des Daches, die Hauptsache, der gegenüber die Lieferung der erforderlichen Materialien Nebensache ist, deren Kosten unter die Auslagen gerechnet werden. Auch muß oft ein Unternehmer, bevor er das ihm übertragene Werk ausführen kann, erst andere Arbeitsleistungen vornehmen, die sich nötig machen, um die Ausführung vorzubereiten. So hat z. B. häufig ein Maurermeister erst Sand aus einer entfernten Sandgrube heranzuschaffen, oder Ausschachtungen vorzunehmen, bevor er die ihm übertragenen Arbeiten ausführen kann. In solchen Fällen ist trotzdem das ganze Verhältnis zwischen den Parteien für die Anwendung des § 648 nur unter dem Gesichtspunkt des Werkvertrags anzusehen und der Bauhandwerker nur als Unternehmer eines einheitlichen Werkes, nicht auch zugleich als Lieferant, Verkäufer, oder als Unternehmer zweier Arbeitsleistungen, der die unmittelbar die Ausführung des Bauwerks zum Gegenstande haben, und der, welche die eigentliche Ausführung des Werkes vorbereiten, anzusehen. Der Anspruch des § 648 steht ihm deshalb auch zu für seine

Forderungen aus diesen Lieferungen oder aus den vorbereitenden Handlungen.[1]) Das geht auch aus den Reichstagsverhandlungen hervor, wo der Berichterstatter Struckmann auf die Frage des Abgeordneten Frohme erklärte: „Soweit Bauhandwerker zugleich die Materialien liefern, können sie die Einräumung der Sicherungshypothek auch für ihre Forderungen wegen der gelieferten Materialien verlangen". (Oben S. 45.)[2]) Es ist dabei aber stets Voraussetzung, daß die Lieferung der Materialien gegenüber der Arbeit von geringerer Bedeutung ist, daß als Hauptgegenstand des Vertrags die Herstellung des Werkes erscheint.

Der Anspruch des § 648 geht auf eine Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers. Dem Unternehmer muß als andrer Vertragsteil der Eigentümer des Baugrundstückes gegenüberstehen. Nur dann ist der Anspruch des § 648 gegeben.[3]) Diese Voraussetzung ist z. B. auch erfüllt, wenn der Unternehmer mit einer offenen Handelsgesellschaft einen Werkvertrag bezüglich eines Bauwerks abgeschlossen hat und der Eigentümer des Baugrundstücks nur Teilhaber der offenen Handelsgesellschaft ist. Denn diese ist nicht ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt, wenn sie auch Prozeßfähigkeit besitzt, vielmehr sind die Gesellschafter die unmittelbaren Träger der Vermögensrechte und Verpflichtungen der Gesellschaft. Es handelt sich also bei der Schuld der Gesellschaft aus einem Vertrage, der von ihr auf Herstellung eines Bauwerks auf dem Grundstück eines der Gesellschafter abgeschlossen worden ist, um eine Schuld der Gesellschafter

---

[1]) Ebenso Reichsgericht vom 22. Februar 1908, Recht 1908, Nr. 1173.

[2]) Session 1895/97, Stenogr. Bericht S. 2815 ff.

[3]) Oertmann, Kommentar. Bem. 4a zu § 648; Staudinger, Bem. II 5 zu § 648; Crome, § 267, Nr. 2; Reichel, Schuldmitübernahme, S. 447; Planck, Bem. 2a zu § 648; Goldmann-Lilienthal S. 668; Riezler S. 156; Bieberfeld, § 8 Nr. 3; Meisner, Bem. I zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1c zu § 648, Bd. I, S. 602; Drost S. 26; Hopmann, Archiv für bürgerl. Recht 1907 S. 225.

selbst, für die sie selbst zur gesamten Hand mit ihrem ganzen Vermögen und nicht nur subsidiär hinter dem in ihrem Miteigentum stehenden Gesellschaftsvermögen haften. Es ist hier also der Vertrag vom Unternehmer auch mit dem Eigentümer selbst geschlossen worden.[1]) Hat der Unternehmer aber einen Werkvertrag bezüglich eines zum Gesamtgut gehörenden Grundstücks bei allgemeiner Gütergemeinschaft mit dem Ehemann ohne Zustimmung der Frau abgeschlossen, so daß also die Ehefrau für die Forderungen aus dem Vertrage nicht haftet, so hat er den Anspruch des § 648 nicht.[2]) Ebenso entfällt der Anspruch, wenn der Mieter eines Hauses auf eigene Rechnung ohne Auftrag des Eigentümers an dem Hause eine Ausbesserung vornehmen läßt. Sehr häufig vergibt der Grundstückseigentümer die ganze Ausführung des Baues an einen einzelnen Unternehmer, einen Architekten oder Baumeister, der dann im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Verträge mit den einzelnen Handwerkern abschließt, sog. Entreprise. Hier hat dann nur der erste Unternehmer, der die Gesamtausführung vertragsgemäß mit dem Eigentümer vereinbart hat, den Anspruch aus § 648. Die anderen Unternehmer, die mit dem Generalunternehmer abgeschlossen haben, denen daher nicht der Eigentümer als Besteller gegenübersteht, die zu diesem in gar keinem Vertragsverhältnis stehen, genießen den Schutz des § 648 nicht.[3])

Steht der Unternehmer aber in direkter Vertragsbeziehung zum Grundstückseigentümer, so ist es gleichgültig, ob er das ganze Bauwerk oder nur einzelne Teile desselben, oder nur Arbeitsgebiete, z. B. Dachdeckung, übernommen hat.

[1]) Siehe Oberlandesgericht Dresden vom 29. Mai 1908; Seufferts Archiv, Bd. 63 Nr. 257.

[2]) Oberlandesgericht Frankfurt vom 30. November 1908, Recht 1908 Nr. 3778.

[3]) Oertmann, a. a. O. Bem. 4a zu § 648; Hopmann, a. a. O. S. 225; Oberneck, I S. 999; Riezler S. 156; Neumann, zu § 648; Staudinger, II 2a zu § 648; Drost S. 26. Nach § 19 des V. F. S. G. werden aber auch die sog. Nachmänner in gewisser Weise geschützt.

Nach dem Gedanken des Gesetzes müssen unter dieser Voraussetzung, wenn der Bau nicht einheitlich verdungen ist, sondern die Gesamtarbeitsleistung des Baues in die verschiedenen Einzelleistungen, die zur Herstellung des Gebäudes erforderlich sind, und deren jede für sich ein Werk im Sinne des § 632 Abs. 2 darstellt, verteilt worden ist, auch diese Einzelleistungen unter den Begriff des Bauwerks fallen. Es steht daher auch diesen Einzelunternehmern der Anspruch des § 648 zu.[1]) Auf den Umfang des Betriebes kommt es dabei in keiner Weise an. Dieser kann rein handwerksmäßig sein, was ja oft auch der Fall ist.[2]) Gerade der Schutz des Handwerkes, des Mittelstandes, war der Grundgedanke bei Schaffung der Bestimmung. Daß der Unternehmer in dem Sinne Bauhandwerker ist, daß er gewerbsmäßig die Herstellung von Bauten oder Bauarbeiten betreibt, ist nicht erforderlich; es genügt, daß er in diesem einzelnen Falle einen Werkvertrag geschlossen hat.[3]) Der Unternehmer muß überhaupt nicht Sachverständiger sein, und ist dies auch vielfach, besonders als Generalunternehmer bei der Entreprise, keineswegs.[4]) Doch muß nach § 648 gewerbliche Selbständigkeit vorliegen. Der Unternehmer darf nicht zu einem anderen im Verhältnisse des Dienstvertrages stehen. Den Anspruch auf die Sicherungshypothek haben also nur die selbständigen Meister, z. B. Glaser, Stuckateure, Zimmermeister, Maurermeister usw., nicht deren Arbeiter, die zu ihnen im Dienstverhältnisse stehen,[5]) die sog. Bauarbeiter.

[1]) Staudinger, II 2b zu § 648; R. G. vom 24. März 1904, Entsch. Bd. 57, S. 377; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 648, Bd. 1 S. 602; Neumann, Bem. 3 zu § 648.

[2]) Crome, II S. 695, § 267,[2].

[3]) Planck, 2a zu § 648.

[4]) Goldmann-Lilienthal § 172.

[5]) Endemann, § 175, 1c; Crome, II S. 695; Biberfeld S. 6; Dernburg, § 323 IIIa. Die Bauarbeiter sind dagegen durch § 18 V. F. S. G. mit in den Kreis der Baugläubiger einbezogen worden.

War der Besteller zur Zeit des Vertragsabschlusses Eigentümer und veräußert er das Grundstück vor Verwirklichung des Anspruchs, so fällt im Augenblck, wo der Besteller aufhört, Eigentümer zu sein, der Anspruch aus § 648 in sich zusammen. Eine dingliche Radizierung des Anspruchs dergestalt, daß er sich nach Art einer obligatio in rem scripta gegen jeden jeweiligen Eigentümer des Baugrundstücks richtet, hat das B. G. B. nicht eingeführt. Ebensowenig hat es bestimmt, daß der, welcher ein Baugrundstück zu Eigentum erwirbt, ebendamit kraft Gesetzes in Rechte und Pflichten seines Voreigentümers betr. die von diesem abgeschlossenen Bauverträge eintrete. Demnach geht der Unternehmer seines unerfüllten Anspruches aus § 648 verlustig, sobald das Baugrundstück zufolge Auflassung oder Zuschlages in dritte Hand übergeht.[1]) Eine Ausnahme davon besteht nur in 2 Fällen: 1. Wenn der Anspruch zu Eigentumszeiten des Bestellers durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche verlautbart worden ist. 2. Wenn der Nacheigentümer zugleich die Bauschuld mit übernommen hat, wobei es gleichgültig ist, ob ihm auch die Ansprüche des Bestellers übertragen sind. § 418 steht dem nicht im Wege. Dagegen findet keine Ausnahme von dem oben angeführten Grundsatze statt, wenn der Anspruch aus § 648 bei Eigentumszeiten des Bestellers gegen diesen rechtshängig geworden ist, oder sogar rechtskräftig festgestellt ist, denn eine Streitbefangenheit im Sinne der §§ 265, 325 Z. P. O. liegt hier nicht vor, weil weder der Besteller mittelbarer Besitzer geworden ist, noch der Erwerber Rechtsnachfolger des Bestellers für das hier in Betracht kommende obligatorische Verhältnis aus dem Werkvertrage und speziell dasjenige aus § 648. Ein vor dem Eigentumsübergang gegen den Besteller ergangenes,

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. II 5 zu § 648; Oertmann, Bem. 4b zu § 648; Hopmann, a. a. O. S. 225; Goldmann-Lilienthal S. 668, 669[3]; Reichel S. 447; anderer Ansicht Riezler S. 156, der annimmt, daß der Besteller den Anspruch auch dem neuen Eigentümer gegenüber geltend machen könne, da § 648 nur voraussetze, daß der Besteller zur Zeit des Vertragsschlusses Eigentümer des Grundstücks war.

aber noch nicht vollstrecktes Urteil hat also keinerlei Rechtskraft gegen den Erwerber. Erfolgt der Eigentumswechsel nach der Klageerhebung aber vor Erlaß eines Urteils, so kann überhaupt kein den Besteller zur Abgabe der Eintragungsbewilligung verurteilendes Erkenntnis mehr ergehen, da eine solche Verpflichtung des Bestellers wohl bei Beginn der Rechtshängigkeit bestand, aber in dem maßgebenden Augenblicke des Urteils nicht mehr vorhanden ist.

Eine weitere Voraussetzung des § 648 ist, der Unternehmer muß ein Bauwerk oder einen einzelnen Teil eines solchen hergestellt haben. Der Ausdruck Bauwerk wird vom B. G. B. außer in § 648 auch in den §§ 638, 1012, 1013, 1016 erwähnt, ohne irgendwie näher erläutert zu werden, auch aus den Motiven und Protokollen ist seine Bedeutung nicht genau festzustellen. Bei der genauen Sprache des B. G. B. ist es selbstverständlich, daß es in allen Bestimmungen, wo der Ausdruck vorkommt, denselben Begriff zu Grunde gelegt wissen will. Sowohl aus § 638, in dem das Bauwerk als eine besonders ausgezeichnete Arbeit an einem Grundstücke erscheint, als aus den §§ 648, 1012, 1013 ergibt sich zunächst, daß hier ein Bauwerk ein Werk sein muß, das mit einem Grundstücke verbunden ist, ein opus in solo factum. § 1012 sagt insbesondere, daß es gleichgültig ist, ob sich das Werk auf oder unter der Erdoberfläche befindet. Daß es sich um ein auf einem Grundstücke zu errichtenden Werk handeln muß, was an sich nicht im Begriffe selbst liegt, da es auch bewegliche Bauwerke gibt, z. B. etwa Schiffe, Eisenbahnwagen, geht aus § 648 klar hervor, weil da ausdrücklich von dem Baugrundstück des Bestellers die Rede ist und weil nur an einem Grundstück eine Sicherungshypothek bestellt werden kann.[1]) Das Bauwerk muß auch gerade das fragliche Grundstück selbst berühren; es genügt nicht, wenn es nur den Luftraum über dem Grundstücke durchschneidet, wie z. B. bei

[1]) Kuhlenbeck, Jur. Wochenschrift 1911 S. 678; Wolff, Grenzüberbau S. 87; Dernburg, § 323 IIIb; Dertmann, Komm. § 648 Bem. 3b; Planck § 638 Bem. 3d; § 648 Bem. 2a; Riezler S. 156.

einer Brücke.[1]) Ebensowenig genügt es, wenn etwa eine Schiffsmühle, die auf dem Wasser schwimmt, mit Seilen und Ketten am Lande befestigt ist; es fehlt da trotzdem an der festen Verbindung mit dem Erdboden, über dem sich die Schiffsmühle befindet.[2]) Denn es ist stets erforderlich, daß es sich um ein Werk handelt, das im Wege der sogenannten Inädification nach § 946 mit dem Grundstücke verbunden und damit wesentlicher Bestandteil desselben geworden ist, da ja auch nur in einem solchen Falle die Werterhöhung des Grundstückes, aus der der Anspruch des § 648 sich mit rechtfertigt, eingetreten ist.[3]) Feldscheunen, transportable Holzhäuser, hölzerne Zirkusbauten, gehören deshalb nur dann hierher, wenn sie nicht mehr bewegliche Sachen sind, d. h. wenn sie gemäß § 95 zu einem dauernden, nicht bloß zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden des Bestellers verbunden sind. Solange diese noch bewegliche Sachen sind, findet unter Umständen § 647 auf sie Anwendung. Brunnen, die nur aus einem oder zwei Bohrlöchern bestehen, sind keine Bauwerke, auch wenn zur Sicherung des Bestehenbleibens der Anlagen Röhren angebracht sind, solange diese nur nicht eingemauert oder sonst fest verbunden sind. Ob es sich dabei um artesische oder mittels Pumpen betriebene sog. Doppelröhrentiefbrunnen handelt, ist ohne Belang.[4]) Ebensowenig sind Drainageanlagen oder Rohrleitungen, die nur aus aneinander gelegten, in den aufgegrabenen Boden eingefügten Röhren bestehen, Bauwerke. Es fehlt in diesen Fällen an einer Verarbeitung der Materialien zu einem in sich gefestigten, durch innige Verbindung

[1]) Staudinger, Bem. zu § 1012; Kretzschmar, II S. 226; anderer Meinung Planck, Bem. 3a zu § 1012.

[2]) R. G. vom 5. Mai 1908 im Recht 1908 Nr. 2317.

[3]) So Staudinger, Bem. II 3d zu § 648, Drost, S. 29. Andrer Ansicht Oertmann, Bem. 4a zu § 648.

[4]) Staudinger, Bem. II 3a β zu § 648; Oertmann, Bem. 3b zu § 648; Kohler, Bem. zu § 137, S. 369 Nr. 4; Planck, Bem. 3a zu § 1012; Neumann, Bem. zu § 638; R. G. vom 25. Mai 1892, Entsch. Bd. 30, S. 153; R. G. vom 20. November 1903, Entsch. Bd. 56, S. 41. Kuhlenbeck a. a. O. vertritt dagegen die Ansicht, jeder Brunnen sei ein Bauwerk.

mit dem Erdboden unbeweglichen Werke. Auch ein einfach in den Erdboden verlegtes Kabel ist aus dem gleichen Grunde kein Bauwerk.[1]) Sind bei Rohrleitungen aber die Rohre etwa durch Mörtel fest verbunden und mit vorhandenen gemauerten Einfallschächten mittels Zement und Mörtel zusammengebaut, sodaß das Ganze ein einheitliches Werk darstellt, oder sind zur Herstellung der Brunnen noch Maurer- oder Zimmerarbeiten oder die Errichtung eines Brunnengebäudes mit eingemauerten Maschinen nötig, so ist das Ganze doch jedesmal ein Bauwerk und der Hersteller einer solchen Rohrleitung, sowie der Erbauer einer derartigen Brunnenanlage genießen als Unternehmer den Schutz des § 648. Hier ist dann zweifellos eine feste und dauernde Verbindung mit dem Erdboden vorhanden.[2])

Nach den Motiven zu Entwurf I des B. G. B. III S. 470 ist dem allgemeinen Ausdrucke „Bauwerke" der Vorzug vor dem spezielleren Ausdrucke „Gebäude" gegeben worden und zwar, wie die Motive ausdrücklich hervorheben, um auch Monumente, Brücken, Viadukte und dergleichen mit zu umfassen. Daraus geht hervor, daß der Begriff „Bauwerk" nicht etwa gleichbedeutend ist mit dem Begriff „Gebäude", unter denen man speziell solche Bauwerke versteht, die in Gestalt einer den Zutritt von Menschen gestattenden räumlichen Umfriedung zur Unterkunft oder Verwahrung von Menschen, Tieren und Sachen bestimmt sind. Neben dem Bauwerk erwähnt das B. G. B. ja auch ausdrücklich das „Gebäude" in § 1014. Der Begriff des Bauwerks ist, wie auch aus der

---

[1]) Ebenso R. G. vom 18. September 1908, Seuff. Archiv 64 Nr. 46 S. 96; Oberlandesgericht Posen vom 18. Oktober 1907, Recht 1908 Nr. 1782; Kammergericht vom 12. Januar 1905, Jahrbuch 29 A 132.

[2]) Vergl. R. G. vom 11. Januar 1910, Jur. Wochenschrift 1910, S. 149 Nr. 11; R. G. vom 11. März 1902, Jur. Wochenschrift 1902, S. 219 Nr. 70; R. G. vom 20. November 1903, Entsch. Bd. 56, S. 41; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu § 638 Bd. I, S. 597.

erwähnten Stelle der Motive hervorgeht, der weitere und umfaßt nicht nur Gebäude.[1])

Da, wie oben ausgeführt, eine Definition des Begriffes Bauwerk vom Gesetz nicht gegeben wird, muß auf den herrschenden Sprachgebrauch zurückgegangen und der Begriff nach den Anschauungen des Lebens und dem Zweck der gesetzlichen Vorschriften bestimmt werden.[2]) Es führt das (wie das Reichsgericht Bd. 56 S. 41 und Bd. 30 S. 153 auch ausgesprochen hat) dahin, unter einem Bauwerke eine unbewegliche, durch Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen. Diese Definition begreift richtigerweise auch Tiefbauten in sich.[3]) Bauwerke sind darnach z. B. Mauern, Dämme, Brücken, Bassins, Kanäle, Schleußen, Keller, Viadukte, Denkmäler,[4]) Wasserleitungen,

---

[1]) Staudinger, Bem. II 3a α zu § 648; Wolff a. a. O. S. 87; Oertmann, Komm., Bem. 3b zu § 648; Drost S. 27. — Nach § 18 V. F. S. G. werden aber gemäß den Bestimmungen dieses Gesetzes nur Forderungen geschützt, die aus der Errichtung eines Gebäudes herstammen.

[2]) Planck, Bem. 3d zu § 638, R. G. vom 25. Mai 1892 Entscheid. Bd. 30 S. 153; R. G. vom 20. November 1903 Bd. 56 S. 41; Staudinger, Bem. II 3a zu § 648.

[3]) Gegen diese Definition wendet sich ein Aufsatz des Regierungsbaumeisters Karl Bernhard in der „Deutschen Juristen-Zeitung" von 1911 S. 795, der verlangt, daß der Begriff „Bauwerk" nur vom Standpunkt der technischen Wissenschaften aus zu erfassen sei, und der ihn von diesem Standpunkt aus dahin formuliert: „Ein Bauwerk sei ein in Verbindung mit dem Erdboden errichtetes Gebilde widerstandsfähiger Körper, das in seinen einzelnen Teilen sowohl, als auch im Ganzen den Angriffen der Gebrauchs- und Naturkräfte gewachsen und als Ganzes nicht beweglich sei. Ein Bauwerk diene als Aufenthalt und Weg für ruhende und bewegliche Lasten." Darnach seien bewegliche Förderbrücken, Rollbrücken, fest verankerte Schiffe, die zu Wohn- und Lagerzwecken dienen, Brunnen und Wasserleitungen, überhaupt Leitungen aller Art, Gasbehälter mit Rohrnetz, elektrische Stromleitungen, sämtlich Bauwerk. Diese Ausdehnung auf dauernd verankerte Schiffe z. B. geht aber doch wohl zu weit, da es an einer wirklichen festen Verbindung mit dem Erdboden fehlt (oben S. 59), über dem sich das Schiff befindet.

[4]) Rechtspr. Bd. 8 S. 123; R. G. vom 11. Januar 1910 Juristische Wochenschrift 1910 S. 148.

Gleisanlagen.[1]) Anpflanzungen gehören jedoch nicht zu den Bauwerken im Sinne vom § 648. Schon im allgemeinen Sprachgebrauch und nach den Anschauungen des Lebens werden sie nicht dazu gerechnet. In den Motiven III S. 470 ist ferner ausdrücklich erklärt, daß sie nicht zu den Bauwerken im Sinne von § 1012 (§ 961 des Entwurfs) zu zählen sind. Im B. G. B. ist der Begriff des Bauwerks überall in demselben Sinne gebraucht (oben S. 58) und infolgedessen fallen die Anpflanzungen auch nicht unter § 648.[2])

Nach § 631 Abs. 2 des B. G. B. kann Gegenstand eines Werkvertrags sowohl die Herstellung wie die Veränderung einer Sache sein. Daraus folgt, daß § 648 nicht etwa nur die Errichtung eines Neubaues voraussetzt, sondern daß auch die Ausbesserung, Umgestaltung oder Erneuerung eines alten Bauwerkes oder eines Teiles eines solchen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek gewährt. Natürlich muß aber die Reparatur auf Grund eines Werkvertrages und nicht etwa, wie dies hier besonders häufig geschieht, zufolge eines Dienstvertrages übernommen sein.[3]) Die bloße Änderung der inneren Einrichtung eines fertigen, an sich unverändert bleibenden Gebäudes, wie z. B. die Setzung eines Ofens in einem bisher nicht heizbaren Raume eines fertigen Hauses, gibt dagegen den Sicherungs-

[1]) Urteil des Kammergerichts vom 19. Dezember 1904, Jahrbuch 29 A 130.

[2]) Siehe Kohler § 137, S. 369 Nr. 4, der als Bauwerke bezeichnet: Auf ständige Verbindung mit dem Erdboden berechnete und doch dem Erdboden gegenüber selbständige unorganische Anlagen.

[3]) Siehe Staudinger, Bem. II 3c zu § 648; Rheinisches Archiv Bd. 104, S. 129 Nr. 2; Warneyers Jahrb. 3. Jahrg. 1904 zu § 648; Rechtspr. d. Oberlandesgerichte Bd. 2, S. 283; Planck, Bem. 2a zu § 648; Neumann, Bem. 1 zu § 648; Oertmann Bem. 3b zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 2 zu § 648 Bd. I, S. 602; Kuhlenbeck Komm. Bem. 2 zu § 648; Höchtl S. 34; Dernburg § 317 I, § 323 IIIb; Biberfeld § 1; Crome § 267 Nr. 2; ebenso Kammergericht vom 15. Oktober 1910 Rechtspr. Bd. 22 S. 310; Entsch. d. R. G. Bd. 56, S. 41.

anspruch wohl nicht.[1]) Der Begriff des Bauwerks umfaßt nach dem Sprachgebrauche auch, daß das Werk als selbstständiges oder als selbständiger Teil eines anderen in die Erscheinung tritt und wahrgenommen werden kann.

Auch dem Unternehmer eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes steht der Anspruch aus § 648 zu. Der Begriff des einzelnen Teiles eines Bauwerks erfordert nicht die körperliche Abgegrenztheit des Teiles, es muß nicht notwendig ein abgeschlossener, selbständiger Teil sein, aber er muß auf Grund eines direkt mit dem Eigentümer abgeschlossenen Werkvertrages hergestellt sein. Das Werk des Unternehmers muß, wenn auch kein selbständiger, so doch immerhin ein Teil des Bauwerkes sein, es muß die bei seiner Herstellung geleistete Arbeit in dem Bauwerk enthalten sein und körperlich in dem Bau zum Ausdruck kommen. Dem Bauwerk muß ein greifbarer, sichtbarer Wert hinzugefügt sein.[2]) Das ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift, daß die Unternehmer, die den Wert eines Grundstücks durch Errichtung eines Bauwerkes oder Herstellung eines Teiles eines solchen erhöhen, an diesem Grundstücke eine Sicherheit erlangen sollen. Der Abgeordnete Lenzmann erklärte bei der Beratung der Vorschrift im Reichstage, es sei ein alter preußisch-rechtlicher Grundsatz, daß der Bauunternehmer für die Sachen, die er in den Bau hineinbaue, eine Sicherheit haben solle.[3]) Gegenüber diesen Erwägungen und dem Wortlaut des § 648 kann die Erklärung des Berichterstatters Enneccerus im Reichstage, daß jeder, der irgend eine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung eines Gebäudes geleistet habe, infolge eines unmittelbar mit dem Eigentümer des Gebäudes geschlossenen Werkvertrages, ein Recht habe, auf Grund dieses

[1]) Staudinger Bem. II 3b zu § 648; Riezler S. 156; Planck Bem. 2a zu § 648; Rümelin S. 249; Achilles Bem. zu § 638; R. G. vom 22. Oktober 1907 im Recht 1907 Nr. 3798; Oberlandesgericht Karlsruhe vom 1. November 1905 Rspr. Bd. 13 S. 427; Oberlandesgericht Marienwerder vom 4. Februar 1908 Rspr. Bd. 17 S. 431.

[2]) Oberlandesgericht Karlsruhe vom 25. Mai 1905 Rspr. Bd. 12 S. 80.

[3]) Stenograph. Berichte S. 2817 ff.

Paragraphen die Sicherungshypothek eintragen zu lassen (oben S. 45), nicht voll aufrecht erhalten werden.[1]) Nach den Worten des Abgeordneten Enneccerus müßte man annehmen, daß auch diejenigen den Anspruch aus § 648 hätten, deren Arbeit nicht körperlich und wahrnehmbar in dem Bauwerk zum Ausdruck kommt und daher keinen Teil desselben darstellt. Das ist indessen nicht der Fall. Diejenigen gehören deshalb nicht zu den aus § 648 Berechtigten, die als Bauleiter, Bauführer usw. nur die bei der Errichtung eines Bauwerkes erforderliche geistige Arbeit leisten. Architekten, denen vom Bauherrn die Herstellung der Bauzeichnungen und Kostenanschläge, die Mitwirkung bei dem Abschluß der Verträge zwischen dem Bauherrn und den einzelnen Unternehmern, die Stellvertretung des Bauherrn bei dem Abschluß dieser Verträge, sowie die Leitung und Überwachung der Bauarbeiten übertragen ist, sind nicht Unternehmer im Sinne von § 648. Abgesehen davon, daß sie ihre Tätigkeit vielfach auf Grund eines Dienstvertrages entfalten, so besonders, wenn sie die Ausführung der Arbeiten beaufsichtigen, oder den Bauherrn gegenüber den Einzelunternehmern bei Abschluß der Verträge usw. vertreten, erscheint das Bauwerk in seiner Gesamtheit nicht als ein von ihnen unternommenes Werk. Ihre Leistungen sind auch nicht Teile des Bauwerks. Diese dienen zum großen Teile nur der Vorbereitung des Werkes, so bes. die Anfertigung der Pläne.[2]) Auch die Herstellung der Baugrube zum Zwecke der Errichtung eines Bauwerks bildet keinen einzelnen Teil des Bauwerkes, sondern bereitet dessen Errichtung nur vor. Bei der Herstellung einer

[1]) Vergl. auch Rümelin S. 249.

[2]) Siehe Staudinger, Bem. II 2c zu § 648; Planck, Bem. 2b zu § 648; Oertmann, Bem. 3a zu § 648; Neumann, Anm. e zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1b zu § 648; Bd. I, S. 602; Kammergericht vom 8. Oktober 1904 in Rspr. Bd. 10, S. 181; R. G. vom 24. März 1904 Entsch. Bd. 57 S. 377; Oberlandesgericht Karlsruhe vom 25. Mai 1905, Rspr. Bd. 12 S. 80; Oberlandesgericht Karlsruhe vom 18. Mai 1906 in Jur. Wochenschrift 1906 S. 459; R. G. vom 18. Mai 1906 Entsch. Bd. 63 S. 312; R. G. vom 14. August 1906 Entsch. in Seufferts Archiv Bd. 62 S. 142.

Baugrube wird nur Arbeit, nicht Material verwendet. Daraus, daß die Baugrube zur Vorbereitung des Bauwerks in der Regel nötig ist, folgt noch nicht, daß sie ein einzelner Teil des Bauwerks selbst ist. Die selbständigen Erdaushebunternehmer und Ausschachtungsunternehmer, die weiter nichts bei der Errichtung des Bauwerks tun, als daß sie die Baugrube herstellen, können daher für ihre Vergütung keine Sicherungshypothek verlangen.[1]) Ist die Ausschachtung dagegen etwa einem Maurermeister übertragen worden, der zugleich die Ausführung der Maurerarbeiten übernommen hat, der also zweifellos Unternehmer nach § 648 ist, so kann dieser, wie oben S. 53 ausgeführt, auch für seine Forderungen für die Ausschachtungsarbeiten, die nur die eigentliche Ausführung des Werkes vorbereiten, die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen.[2]) Die Fuhrhalter, die notwendige Fuhren zum Bau machen, leisten zwar gleichfalls Arbeit bei Errichtung eines Bauwerkes, aber es ist kaum möglich, sie als Unternehmer eines Teiles eines Bauwerkes anzusehen,[3]) selbst wenn sie einen Werkvertrag und nicht, wie üblich, einen Dienstvertrag abgeschlossen haben. Außerdem werden sie meist nicht in direktem Vertragsverhältnis zum Bauherren stehen, sondern von den Unternehmern des Bauwerks angenommen sein. Auch die Abrißunternehmer, die nur ein etwa vorher auf dem Bauplatze befindliches Bauwerk abreißen, genießen aus dem gleichen Grunde den Schutz des § 648 nicht, da

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. II 3b zu § 648; Höchtl, S. 16; Oertmann, Bem. 3b zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 1b zu § 648 Bd. I, S. 602; Neumann, Bem. f zu § 648; Kammergericht vom 17. Oktober 1905 Rspr. Bd. 12 S. 82; Kammergericht vom 18. Mai 1906 in Rspr. Bd. 13 S. 426. Anderer Ansicht Enneccerus § 374 II, sowie Oberlandesgericht Frankfurt vom 19. Januar 1909 in Recht 1910 Nr. 3751.

[2]) Siehe auch Staudinger Bem. II 3b zu § 648; R. G. vom 22. Februar 1908 Recht 1908 No. 1173; Bayr. Zeitschrift f. R. 1908 S. 166.

[3]) Ebenso Drost S. 31; Rümelin S. 249; abweichend Enneccerus § 374 II: vergl. noch die oben S. 55 angeführte Beitrittserklärung der Berliner Fuhrwerksinnung vom Februar 1892.

auch sie keinen Teil des Bauwerks herstellen.[1]) Geschützt sind also hauptsächlich diejenigen, die Maurer-, Zimmer-, Bautischler-, Dachdecker-, Ofensetzer-,[2]) Rohrleger-, Schlosser-, Klempner-, Glaser-, Tüncher-,[3]) Parquettleger-, Stuckateur-,[4]) Maler-,[5]) Installationsarbeiten geleistet haben.

Wie oben S. 63 ausgeführt, muß das Werk des Unternehmers ein Teil des Bauwerks sein, es muß dem Bauwerke ein greifbarer Wert hinzugefügt sein. Es genügt aber nicht, daß der Unternehmer einen Gegenstand hergestellt hat, der zwar in dem Bauwerke Verwendung findet und Bestandteil desselben wird, der aber nicht durch den Hersteller selbst, *sondern durch einen Anderen in den Bau eingefügt wird*. *Die bloße Herstellung und Lieferung* einer solchen beweglichen Sache für einen Bau, deren Einfügung der Hersteller nicht selbst ausführt, ist lediglich als *Werklieferungsvertrag* nach § 651 aufzufassen und gibt, wie oben S. 50 ausgeführt ist, keinen Anspruch nach § 648. *Die Arbeit, die einen solchen Anspruch geben soll, muß bei der Errichtung eines Bauwerkes geleistet sein*. Ein derartiger Lieferant, der nicht selbst die Einfügung ausführt, fertigt zwar etwas an, was für den Bau Verwendung finden soll, er arbeitet aber nicht an dem Bauwerke selbst. *Er errichtet nicht* einen einzelnen Teil eines Bauwerkes, sondern stellt etwas her, mit Hilfe dessen der einzelne Teil errichtet werden soll. Der Herstellende ist nur dann Unternehmer des einzelnen Teiles des Bauwerks nach § 648, wenn er an der Errichtung des ganzen Baues *durch Einfügung des von ihm hergestellten Teiles* mitgewirkt hat. Er muß vertragsmäßig Herstellung und *Einfügung*

---

[1]) Neumann § 648 f.

[2]) Oberlandesgericht Hamburg vom 17. Oktober 1910 Rspr. Bd. 22 S. 310.

[3]) Siehe Oberlandesgericht Karlsruhe v. 1. November 1905 Rspr. Bd. 13 S. 427; Crome, § 267 Nr. 19.

[4]) Vergl. Kammergericht vom 11. Juli 1903 Bl. f. R. Vg. d. K. G. 1903 S. 97.

[5]) Ebenso Oberlandesgericht Dresden vom 9. Januar 1901 Sächs. Archiv 1901 S. 500.

des Teiles übernommen und ausgeführt haben.[1]) So ist z. B. die Herstellung von Tischler- und Zimmerarbeiten nur dann nach § 648 zu beurteilen, wenn der Unternehmer zugleich verpflichtet war, die Türen, Treppen, Holzverkleidungen, Fenster usw. in den Bau einzufügen und so zu wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes zu machen, zu dessen Herstellung sie notwendig waren.[2]) Bei Jalousien muß daher das Anbringen und Einfügen übernommen und ausgeführt sein.[3]) Besonders wichtig ist die Frage betreffs Lieferung und Einfügung von Maschinen. Auch hier ist als Voraussetzung des Schutzes nach § 648 zu fordern, daß der Hersteller die Einfügung übernommen und ausgeführt hat. Es genügt aber hier nicht, wenn er etwa durch einen Monteur nur die Zusammensetzung und Verbindung der Maschinen mit den Fundamenten, sowie die Anbringung der Transmissionen und Säulen an den erforderlichen Stellen hat ausführen lassen, vielmehr muß er auch die Herstellung der Fundamente und der Stützpunkte für die Transmissionen besorgt haben. Fehlt letzteres, also das völlige Einbauen, so schlägt § 648 nicht ein.[4]) Es ist aber stets zu beachten,

[1]) Vergl. Goldmann-Lilienthal, S. 668; Staudinger Bem. II 3b zu § 648; Neumann Bem. 3 zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 1 zu § 648, Bd. I S. 602.

[2]) R. G. vom 21. Mai 1912 in Warneyer Erg. Bd. 1912 Nr. 339; Bayr. Oberlandesgericht vom 1. März 1901 in Rspr. Bd. 2 S. 302; Oberlandesgericht Köln vom 24. November 1900 Rspr. Bd. 1 S. 433.

[3]) Oberlandesgericht Dresden vom 18. Januar 1900 im Sächs. Archiv Bd. 10 S. 47.

[4]) Neumann, Bem. 1d zu § 648; R. G. vom 24. November 1905 bei Gruchot 50 S. 656; Oertmann, Bem. zu § 638. Siehe bezüglich des bloßen Aufstellens einer Ziegelpresse R. G. vom 11. März 1902, Jur. Wochenschrift 1902 Beil. S. 219 Nr. 70; hinsichtlich Aufstellung einer Tresoranlage ohne übernommene Einmauerung Oberlandesgericht Stuttgart vom 6. April 1907 Rspr. Bd. 18 S. 15; völlig eingebaute und den Verhältnissen besonders angepaßte Beleuchtungs-, Dampfheizungs- und Kühlanlagen sind aber durch § 648 geschützt, vergl. R. G. vom 18. März 1904 bei Warney. Jahrb. 1904 Nr. 4 zu § 631; Bayr. Oberlandesgericht vom 22. Oktober 1902 in Warney. Jahrb. 1903 zu § 631; Oberlandesgericht Braunschweig vom 20. Juni 1911 in Seuff. Archiv Bd. 67 Nr. 4 Seite 8.

daß durch das bloße Einfügen vorher fabrikmäßig hergestellter Waren, z. B. Waschkessel, Kochherde, in einen Neubau ein Werkvertrag im Sinne des § 648 nicht zu Stande kommt. Solche Waren sind bewegliche Sachen, bei denen die zur Herstellung erforderliche Arbeit nach der Verkehrsanschauung völlig zurücktritt und es dem Besteller gleichgültig ist, ob ihm eine fertige oder eine erst anzufertigende Ware geliefert wird. In einem solchen Falle ist die Aufstellung und Montage im Verhältnisse zur Lieferung als bloße Nebenleistung anzusehen (siehe oben S. 51 ff.) und das ganze Geschäft als Kauf zu behandeln.[1])

Die Lieferanten, die vertragsmäßig die Einfügung der von ihnen hergestellten Sachen in den Bau übernommen haben und dadurch den Schutz des § 648 erlangen würden, haben aber, wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, solange das Recht des § 648 nicht, als sie die Sachen nicht in den Bau eingefügt haben.[2]) Gleichgültig ist dabei, ob sie unberechtigter Weise die Einfügung unterlassen, oder ob sie gemäß § 273 ff. B. G. B. mit Recht ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, etwa weil der Besteller sich verpflichtet hatte, bereits vor Fertigstellung Ratenzahlungen zu leisten und die vereinbarten Zahlungsfristen nicht innegehalten hat. Daß der Sicherungsanspruch des § 648 nur in dem Umfange Platz greift in dem der Unternehmer das Zurückbehaltungsrecht nicht ausübt, ergibt sich schon aus Satz 2 des § 648, wonach der Unternehmer, falls das Bauwerk noch nicht vollendet ist, die Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung begehren kann. Ferner spricht dafür die aus den Materialien ersichtliche Absicht der Bestimmung, daß dem Unternehmer der durch seine Arbeit herbeigeführte Mehrwert des Baugrundstücks für seine Vergütung vorzugsweise hafte.

[1]) Staudinger, Bem. II 3b zu § 648; R. G. vom 1. Oktober 1907 Nr. 3472; Kammergericht vom 14. Oktober 1910 in Bl. f. Rechtspf. im Bez. d. K. G. 1910 S. 118.

[2]) Höchtl S. 16; Plank, Bem. 2c zu § 648; Neumann, Bem. 2 zu § 648; Enneccerus § 374 II; Staudinger, Bem. II 4 zu § 648; R. G. vom 21. Juni 1904, Entsch. Bd. 58, S. 301.

Auch dann hat der Unternehmer keinen Anspruch aus § 648, wenn seine Leistungen dem Vertrage nicht entsprechen und wertlos sind.[1])

Bei einem Bau sind fast immer mehrere Unternehmer beteiligt. Diese haben sämtlich den Sicherungsanspruch des § 648, wenigstens dann, wenn nicht Generalentrepriſe vorliegt, sondern die Unternehmer in direktem Vertragsverhältnis zum Bauherrn stehen. Die Unternehmer können ihre Ansprüche ganz unabhängig von einander geltend machen und derjenige, der zuerst die Eintragung einer Sicherungshypothek für seine Forderung im Grundbuche erwirkt, erlangt damit einen Vorsprung vor den übrigen.[2]) Es gilt also keineswegs Ranggleichheit der verschiedenen Unternehmer.[3])

Da keine anderweiten Bestimmungen getroffen sind, ist es selbstverständlich, daß auch dann, wenn mehrere gemeinschaftlich ein Bauwerk oder einen Teil eines solchen herstellen, oder wenn eine Gesellschaft, Genossenschaft oder juristische Person als Unternehmer auftritt, der Anspruch des § 648 gegeben ist.

§ 6. Rechtliche Natur und Durchführung des Anspruches.

Liegen die Voraussetzungen des § 648 vor, so kann der Unternehmer für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. § 648 gewährt also nur einen gesetzlichen persönlichen

---

[1]) Ebenso Plank, Bem. 2c zu § 648.

[2]) Crome § 267 II.

[3]) Dagegen haben nach § 29 B. F. S. G. die Bauforderungen sämtlich untereinander gleichen Rang, nur Lohnrückstände der Bauarbeiter für 2 Wochen haben einen Vorrang.

Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek, einen sogenannten Pfandrechtstitel, aber nicht ohne weiteres eine Sicherungshypothek.[1]) Es steht dem Unternehmer keineswegs entsprechend § 647 sofort ein gesetzliches Pfandrecht oder etwa ein Vorzugsrecht vor anderen dinglichen Belastungen des Grundstücks zu. Soweit die Bauhandwerker ein solches gesetzliches Pfandrecht oder ein Vorrecht erstrebten, etwa nach Art der römischen privilegierten Spezialpfandrechte (oben S. 19), sind sie bei Schaffung des B. G. B. nicht durchgedrungen. Diese Bestrebungen scheiterten, da man das Prinzip der Erkennbarkeit der Pfandrechte und das Eintragungsprinzip nicht durchbrechen wollte. Der durch § 648 gewährte Hypothekentitel ersetzt nur eine obligatorische Verpflichtung des Eigentümers zur Bestellung einer Sicherungshypothek. Das Erfordernis des Abschlusses eines dinglichen Pfandvertrages bleibt daneben bestehen.[2]) Die Hypothek selbst entsteht, wie alle Rechte an Grundstücken, gemäß §§ 873, 1115 B. G. B. erst durch Einigung und Eintragung. Willigt der Grundstückseigentümer formgerecht in die Bestellung, so kann natürlich gemäß §§ 19, 29 Grundbuchordnung die Eintragung der Sicherungshypothek sogleich erfolgen. Erst durch diese Eintragung wird der Pfandrechtstitel zum wirklichen Pfandrecht mit Vorrang vor späteren Belastungen. Auf die Eintragung hat der Unternehmer aber einen Anspruch und er kann dem Besteller, falls dieser sie nicht bewilligt, auf seine Einwilligung verklagen.[3]) Diese Klage auf Bewilligung der

[1]) Siehe Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 3 zu § 648, Bd. I, S. 602; Staudinger, Bem. IIIa zu § 648; Oertmann, Anm. 2 zu § 648; Goldmann-Lilienthal, S. 669[5]; Crome, § 267, Nr. 2; Hachenberg, S. 84; Oberneck, § 162, Nr. 1; Scherer, Schuldverhältnisse, Anm. zu § 648; Endemann, § 175, Nr. 1c.

[2]) Kretzschmar, Sachenrecht S. 615; Oberneck II, S. 457 ff.; Crome a. a. O.; Scherer a. a. O.

[3]) Oertmann, Bem. 2 zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 3 zu § 648, b. I, S. 602; Staudinger, IIIa zu § 648; Dernburg, § 323 IIId; Cosack, § 148 III 2.

Hypothek, die keineswegs identisch mit der Klage auf Zahlung ist, — die Erleichterung des § 648 besteht ja gerade darin, daß der Unternehmer nicht erst Klage auf Zahlung zu erheben braucht, denn sonst wäre § 648 wegen § 866 Z. P. O. überflüssig,[1]) — ist bei dem Gericht zu erheben, wo der Besteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Ein besonderer dinglicher Gerichtsstand nach § 24 Z. P. O. ist hier nicht begründet. Dieser Paragraph umfaßt nur Klagen über angeblich bestehende, nicht erst zu begründende dingliche Rechte, also Klagen, die sie selbst, nicht ihren Erwerb zum Gegenstande haben. Demnach gehören persönliche Klagen auf Begründung dinglicher Rechte nicht in den dinglichen Gerichtsstand des § 24 Z. P. O.[2]). Die Definitiv-Eintragung der Hypothek erfolgt dann auf Grund des § 894 Z. P. O., da die verweigerte Einwilligungserklärung des Bestellers als abgegeben gilt, sobald das Urteil, das ihn zur Abgabe dieser Erklärung verurteilt, Rechtskraft erlangt hat. Unter Vorlegung dieses Urteils kann dann der Unternehmer einseitig den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt stellen (§ 13 II G. B. O.).[3]) -

Wie oben S. 70 ausgeführt, ist zur Entstehung der Hypothek ein dinglicher Pfandvertrag erforderlich. Es muß also eine Einigung vorliegen und demnach müssen sich zwei Vertragsschließende, der Besteller und der Unternehmer, gegenüberstehen. Ein Eigentümer, der selbst Arbeiten an seinem Bau leistet, kann sich daher nicht unter Bezugnahme auf § 648 eine Sicherungshypothek in Höhe des Arbeitswertes bewilligen, weil es am Erfordernis der Einigung fehlt. Eine Ausnahme besteht nach § 1196 nur für die Grundschuld, nicht aber für die Hypothek.[4])

---

[1]) Endemann § 1751c.

[2]) Wach I, S. 439; Gaupp-Stein, § 24. S. 79; Struckmann-Koch, § 24, Anm. 1; R. G. vom 18. Juni 1902, Entsch. Bd. 52, S. 41.

[3]) Ist das Urteil vorläufig vollstreckbar, so kann der Unternehmer alsbald nach § 895 Z. P. O. eine Vormerkung eintragen lassen.

[4]) Siehe auch Drost S. 42.

Dem Unternehmer wird durch § 648 nur ein Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek gewährt, nicht etwa auf eine feste, eine sogenannte Verkehrshypothek. Auch insoweit sind die Wünsche der Bauhandwerker, die sie seinerzeit zum 1. Entwurfe eines B. G. B. geäußert haben, unberücksichtigt geblieben. Eine Sicherungshypothek ist für die Unternehmer doch von viel geringerem Nutzen, als es eine Verkehrshypothek gewesen wäre. Eine Verkehrshypothek kann leicht abgetreten werden, sie ist, wie ihr Name besagt, verkehrsfähig, da ein gutgläubiger Erwerber durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches bezüglich des Bestehens und der Höhe der zu Grunde liegenden Forderung geschützt ist und nicht zu gewärtigen hat, daß ihm Einwendungen aus dem persönlichen Schuldverhältnis oder aus der Person des bisherigen Gläubigers entgegengehalten werden, die weder aus dem Grundbuche oder dem Hypothekenbriefe hervorgehen, noch ihm bei dem Erwerbe bekannt gewesen sind. Eine solche Hypothek gibt dem Gläubiger, der bares Geld benötigt, die Möglichkeit sofortiger Abtretung und setzt ihn so in die Lage, sich rasch Geld zu verschaffen. Gerade für die Bauwerksunternehmer, in der großen Mehrzahl ja kleine Handwerker ohne größeres Betriebskapital, die oft lange Kredit geben müssen und schwer zu ihrem Gelde kommen, wäre die Gewährung einer solchen Verkehrshypothek sehr vorteilhaft gewesen, und hätte ihnen die Möglichkeit verschafft, ihr geringes Betriebskapital bald wieder flüssig zu machen. *Das charakteristische Merkmal der Sicherungshypothek, auf die § 648 einen Anspruch gibt, liegt nach § 1184 aber gerade darin, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht für die Forderung gilt, für welche die Hypothek bestellt ist.* Sie ist in ihrem Wesen streng akzessorisch, auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber, und von der zu Grunde liegenden Forderung vollständig abhängig. Der Gläubiger, auch der gutgläubige Erwerber, kann sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen, vielmehr muß er auf Bestreiten des mit der dinglichen Klage belangten Eigentümers die Forderung nachweisen, da er im Falle des Nichtentstehens nicht Gläubiger der Hypothek

wäre, diese vielmehr gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Eigentümer selbst zustehen würde. Er muß sich ferner alle Einwendungen aus dem Schuldverhältnis und bei erfolgter Abtretung auch aus der Person des früheren Gläubigers entgegensetzen lassen. Der Besteller kann also durch alle möglichen Einwendungen das ganze Schuldverhältnis aufrollen, er kann behaupten, die Arbeiten seien nicht vertragsgemäß ausgeführt worden, die Forderung sei noch nicht fällig usw. Ferner kann er einem Zessionar gegenüber auch mit Gegenforderungen aufrechnen, die ihm gegen den Zedenten zustehen, selbst wenn sie erst später entstanden sind. Der Grundsatz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches hat also für die Sicherungshypothek nur in Ansehung des Bestehens des dinglichen Rechtes, insbesondere der Gültigkeit des dinglichen, Vertrages, nicht des Bestehens und der Höhe der Forderung, Bedeutung.[1]) Nach alledem ist klar, daß der Unternehmer nur sehr selten die Sicherungshypothek durch Abtretung verwerten kann. Ein dritter Erwerber muß gewärtig sein, einen langen, höchst unangenehmen Prozeß führen zu müssen und daher hat für ihn die Sicherungshypothek nur geringen Wert.[2]) Wenn es dem Bauwerksunternehmer daher im Falle von Geldbedarf überhaupt gelingt, sich durch Abtretung der Sicherungshypothek Geldmittel zu verschaffen, so wird das nur unter sehr erheblichen Verlusten möglich sein. Meist wird aber der Unternehmer darauf angewiesen sein, entweder zu warten, bis der Besteller ihn freiwillig befriedigt, oder die Zwangsversteigerung des Baugrundstückes zu betreiben. Da, wie oben S. 15 ff. ausgeführt ist, die Hypothek des Unternehmers fast stets einen schlechten Rang hat, weil ihr die hohen Restkaufgeldhypotheken und die Baugelderhypotheken vorgehen, so muß der Unternehmer in der Zwangsversteigerung dann entweder seine Hypothek selbst ausbieten, wozu es ihm meist an Geld fehlen wird, oder seine Hypothek fällt aus.

---

[1]) Vergl. Staudinger, Bem. II zu § 1184; Planck, Bem. zu § 1184; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 2 zu § 1184, Bd. II, S. 463, 464.

[2]) Siehe auch Biberfeld, S. 65 ff.

Die Vorschrift des § 648 ist dispositiver Natur. Den Beteiligten ist es also unbenommen, die Rechte des Unternehmers zu erweitern oder einzuschränken.[1]) Es ist zulässig, daß der Besteller dem Unternehmer für seine Forderung statt einer Sicherungshypothek eine Verkehrshypothek einräumt, und diese ist nicht etwa als eine Sicherungshypothek nach § 1184 anzusehen, auch wenn in dem Bauvertrag hervorgehoben ist, daß der Unternehmer durch die Hypothek für seine Ansprüche gesichert werden soll.[2]) Die Einräumung von Sicherungen, die über die durch § 648 gewährte hinausgehen, kann aber selbstverständlich nicht andere im Grundbuche schon eingetragene Rechte Dritter berühren und dem Unternehmer zu deren Nachteil Vorrechte schaffen.[3]) Ebenso kann der Unternehmer auch durch Vertrag auf das Recht des § 648 wirksam verzichten. Auch stillschweigender Verzicht ist möglich und ein solcher kann namentlich darin gefunden werden, daß die Sicherstellung in andrer Weise, z. B. durch Einräumung einer festen Hypothek, Stellung von Bürgen, Hingabe von Wechseln usw., vertragsmäßig bestimmt ist.[4]) Hat der Unternehmer auf Einräumung einer Sicherungshypothek durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung verzichtet, so wird der Vertrag nach § 157 in Verbindung mit § 321 B. G. B. dahin auszulegen sein, daß der Verzicht nicht gelten soll, wenn nachträglich eine wesentliche Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners eintritt.[5])

[1]) Staudinger, Bem. VI zu § 648; Neumann, Vorbem. zu §§ 647, 648; Planck, Bem. 4 zu § 648; Achilles, Anm. zu § 648; Dernburg, § 323 III a; Riezler, S. 156; Drost, S. 44; Oertmann, Bem. 7 zu § 648.

[2]) R. G. vom 17. Juni 1907 im Recht 1907, Nr. 2320, S. 777.

[3]) Staudinger, Bem. V zu § 648.

[4]) Vergl. R. G. in Jur. Wochenschrift 1899 S. 453[62]; Kammergericht vom 13. November 1911 und vom 9. Dezember 1911 in Rspr., Bd. 24, S. 383.

[5]) Siehe Kommentar von Neumann, Vorbem. zu §§ 647, 648; Planck, Bem. 4 zu § 648; nach Geiershöfer, Bayr. Zt. f. Rechtspfl. 1906, S. 354, kann der Unternehmer, der auf die Sicherungshypothek aus § 648 vertragsmäßig verzichtet hat, eine solche doch vormerken, wenn der Besteller ihm die verabredeten Teilzahlungen nicht leistet.

unter der Bedingung auf die Sicherungshypothek verzichtet, daß die übrigen Unternehmer einen gleichen Verzicht aussprechen, so kann der Besteller doch noch Baugelderhypotheken aufnehmen, ohne daß nun sämtliche Unternehmer die Eintragung von Sicherungshypotheken verlangen könnten, da der Vertrag nur dahin auszulegen ist, daß eine Benachteiligung eines Unternehmers durch das Vorgreifen eines anderen verhindert werden soll.[1]) Die Bauwerksunternehmer werden von den Bestellern vielfach genötigt, vertragsmäßig auf das Recht aus § 648 zu verzichten oder doch dem Baugeldgeber den Vorrang einzuräumen. Die Unternehmer sind die wirtschaftlich Schwächeren und in einer Notlage, da sie, wenn sie auf ihr Recht aus § 648 nicht verzichten, auf Übertragung des Auftrags nicht rechnen können. Darauf wurde schon in der Kritik des 1. Entwurfs eines B. G. B. hingewiesen und es wurde verlangt, daß das Recht aus § 648, um wirksam zu sein, absolut sein müsse, daß es nicht durch Verzicht beseitigt werden könne. Doch waren diese Bestrebungen erfolglos.[2])

Da also § 648 kein zwingendes Recht enthält und die Bestellung einer Verkehrshypothek für die Forderungen der Unternehmer keineswegs ausschließt, *so müssen sich der Besteller und der Unternehmer über die Natur der zu gewährenden Hypothek einigen.*[3]) Haben sie sich schlechthin auf Bestellung einer Hypothek geeinigt, so ist im Zweifel eine Verkehrshypothek als gemeint anzusehen.[4]) Soll eine Sicherungshypothek entstehen, so muß bei der Einigung der Wille der Parteien, gerade eine Sicherungs-

[1]) Staudinger, Bem. VI zu § 648; Oberlandesgericht Dresden vom 27. April 1906 im Sächs. Archiv 1906, S. 427.

[2]) Siehe Blätter für Rechtspfl. im Bez. des K. G. 1892, Nr. 5, S. 51; Kommentar von Meisner, Bem. 1 zu § 648. — Nach § 62 V. F. S. G. sind die den Baugläubigern gewährten Rechte aber unverzichtbar.

[3]) Staudinger, Bem. IIIb zu § 1184; Biermann, Sachenrecht, Anm. zu § 1184, S. 405.

[4]) Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 1184, Bd. II, S. 463; Planck a. a. O.; K. G. Jahrb. 34 A 325; Staudinger, Bem. IIIa zu § 1184.

hypothek zu errichten, deutlich zum Ausdruck kommen.[1]) Der Gebrauch des Wortes „Sicherungshypothek" ist dabei nicht unbedingt notwendig, aber sehr zweckmäßig.[2]) Ist eine Einigung der Beteiligten darüber, ob der Unternehmer nur eine Sicherungshypothek nach § 648 haben soll, ob also die Forderung nicht unter dem öffentlichen Glauben stehen, der Eigentümer also alle die Forderung treffenden Einwendungen gegen jeden Erwerber haben soll, oder ob eine gewöhnliche Hypothek eingetragen werden soll, nicht zustande gekommen, so entsteht die Hypothek überhaupt nicht.[3]) Eine für die Forderungen eines Bauwerksunternehmers eingetragene Verkehrshypothek ist aber nicht etwa aus dem Grunde als Sicherungshypothek anzusehen, weil zur Zeit der Bestellung der Bau noch nicht fertig gestellt ist und daher die Forderungen des Unternehmers vielleicht noch nicht fällig sind oder deren Höhe noch nicht endgültig feststeht.

Wird die Einigungserklärung des Bestellers durch rechtskräftiges Urteil gemäß § 894 Z. P. O. ersetzt (siehe oben S. 71), so ist nach dem oben Ausgeführten klar, daß das Urteil deutlich auf Bewilligung der Eintragung einer Sicherungshypothek zu lauten hat. Ist auf Grund von § 648 geklagt und spricht das Urteil doch nur die Verpflichtung zur Bewilligung einer Hypothek aus, so ist trotzdem nur die Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig, und nicht einer Verkehrshypothek, weil das Urteil ja auf Grund von § 648 ergeht, wonach der Besteller nur zur Bewilligung einer Sicherungshypothek verpflichtet ist. Das Urteil kann in diesem Falle nicht grundlos dem Besteller eine stärkere Verpflichtung auferlegen, als durch § 648 vor-

[1]) Willenbücher, S. 238; Staudinger, Bem. IIIb zu § 1184; Planck, § 1184, Bem. 3a; Motive III, S. 764.

[2]) Vergl. Biermann daselbst; Willenbücher a. a. O.; Planck § 1184, Bem. 3a.

[3]) Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 1184, Bd. II, S. 463; R. G. bei Gruchot 50, 990; Staudinger, Bem. I zu § 1184; R. G. vom 17. Juni 1907, Recht 1907, Nr. 2320, S. 777.

miert ist.[1]) Auch dann entsteht eine gewöhnliche Sicherungshypothek, nicht etwa eine Maximalhypothek nach § 1190 B. G. B., wenn der Besteller dem Unternehmer vor Vollendung des betreffenden Werkes eine Sicherungshypothek für den vollen für das fertige Werk vereinbarten Preis bestellt, obwohl ja die Gesamtforderung aus dem Werkvertrag erst mit der Fertigstellung des Werkes fällig wird. Die Werklohnforderung ist durch die vollständige Herstellung des Werkes bedingt.[2]) Eine Sicherungshypothek kann aber auch für bedingte und künftige Forderungen bestellt werden.[3])

Hervorzuheben ist noch, daß bei der Sicherungshypothek nach § 1185 die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist. Sie ist stets Buchhypothek.

Die Hypothek muß gemäß Abs. 2 § 1184 im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet sein. Diese Bestimmung ist nach Mot. III S. 765 getroffen worden, um Täuschungen über den Inhalt des eingetragenen Rechts zu verhüten, um jedem Erwerber der Hypothek oder eines Rechtes an ihr keinen Zweifel darüber zu lassen, daß er sich hinsichtlich der Forderung nicht auf die Vorschriften der § 891 ff. B. G. B. berufen kann. War die Einigung auf Bestellung einer Sicherungshypothek gerichtet, und ist trotzdem die Bezeichnung als Sicherungshypothek in das Grundbuch nicht aufgenommen worden, etwa aus Versehen, so gilt die Hypothek zwar nach außen bis auf weiteres als Verkehrshypothek und ein gutgläubiger Dritter, dem der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, erwirbt

---

[1]) Andrer Ansicht anscheinend: Kommentar der Reichsgerichtsräte, Anm. 1 zu § 1184, Bd. II, S. 463; Planck, Bem. 3a zu § 1184, die dann die Eintragung einer Verkehrshypothek für zulässig erachten. Wenn diese Ansicht auch im allgemeinen richtig ist, falls das Urteil einfach auf Eintragung einer Hypothek lautet, so stimmt sie doch in diesem speziellen Fall nicht. Aus dem Tatbestand und den Gründen geht hier auf jeden Fall hervor, daß es sich gemäß § 648 nur um eine Sicherungshypothek handeln kann.

[2]) Siehe Oberlandesgericht Karlsruhe vom 16. Juni 1905 in Lobes Zentralblatt 6. Jahrgang 1905, S. 578, Nr. 621.

[3]) Vergl. Staudinger, Bem. I zu § 1184.

sie auch als solche, der Besteller hat aber bis zu diesem Zeitpunkte gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger und dessen Rechtsnachfolgern, die den wahren Sachverhalt kennen, einen Anspruch auf entsprechende Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 ff. B. G. B., sowie die Einreden aus §§ 1137, 1157 B. G. B. Denn dann ist eine Hypothek überhaupt nicht entstanden; eine Verkehrshypothek nicht, weil es hierzu an der nötigen Einigung fehlt, da ja eine Sicherungshypothek gewollt ist, und eine Sicherungshypothek nicht, weil es an der Bezeichnung als solche im Grundbuche gebricht.[1])

Die Beschwerde gegen die Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuche kann nur darauf gestützt werden, daß die Eintragung mit Unrecht angeordnet worden sei, weil es an den Voraussetzungen hierzu gefehlt habe. Es muß also entweder geltend gemacht werden, daß keine Bauunternehmerforderung vorgelegen habe, weil die Unternehmereigenschaft das § 648 nicht vorhanden gewesen sei, oder daß es an einer zu sichernden Forderung gefehlt habe.[2])

Für die Forderungen der Bauwerksunternehmer kann eine Sicherungshypothek eingetragen werden, auch wenn die Forderungen weniger als 300 ℳ betragen. Kein Zweifel kann darüber herrschen in den Fällen, wo der Besteller freiwillig die Eintragung bewilligt. Ist aber der Besteller hierzu nicht bereit, sodaß seine Einwilligung durch ein rechtkräftiges Urteil ersetzt werden muß, oder soll zur Beschleunigung und Erlangung eines günstigen Ranges auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragen werden,

[1]) Ebenso Willenbücher, S. 238; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 4 zu § 1184, Bd. II, S. 464; Biermann, S. 405, Anm. zu § 1184; Staudinger, Bem. IV zu § 1184; Kammergericht Rspr. Bd. 15, S. 382; Planck, Bem. b zu § 1184; andrer Ansicht Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, S. 898, § 163, Anm. 3 und Turnau-Foerster, Bem. zu § 1184, S. 992, nach denen eine Sicherungshypothek entsteht und der Eigentümer nur einen Berichtigungsanspruch auf Änderung der Bezeichnung hat.

[2]) Bayr. Oberst. L. G. vom 18. Mai 1901 Bd. II, S. 338; Staudinger Bem. III g zu § 648.

so handelte sich doch immerhin um eine zwangsweise Eintragung und es ist zu erwägen, ob nicht die Vorschrift des § 866 Abs. 3 Z. P. O. anzuwenden ist, wonach im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek nur für eine den Betrag von 300 ℳ übersteigende Forderung eingetragen werden kann. Die Vorschriften des § 866 Z. P. O. sind aber, wie ihre Stellung und auch ihr Wortlaut erweist, auf das Gebiet der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen zu beschränken. Sie greifen daher Platz bei einer Vollstreckung aus Schuldtiteln, die auf eine bestimmte Geldzahlung lauten, dagegen sind sie auf die Vollstreckung von Schuldtiteln, die eine Individualleistung betreffen, nicht zu erstrecken. Für diese Vollstreckung gelten vielmehr die im III. Abschnitte des 8. Buches des Z. P. O. enthaltenen Bestimmungen der §§ 883—898. Das die Einwilligung ersetzende Urteil und die einstweilige Verfügung, die die Vormerkung anordnet, sichern hier nicht den Anspruch auf Zahlung der Vergütung für das Bauwerk, sondern den aus § 648 B. G. B. hervorgehenden Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek am Baugrundstück des Bestellers. Dieser Anspruch betrifft eine Individualleistung des Bestellers. Sonach ist die Sicherungshypothek des § 648 und die zu ihrer Sicherung einzutragende Vormerkung entgegen § 866 Z. P. O. auch für Bauforderungen unter 300 ℳ zulässig.[1]) Wird das auf dem § 941 Z. P. O. gegründete Eintragungsersuchen aus § 866 Abs. 3 beanstandet, so ist der hiervon betroffene Unternehmer zur Einlegung der Beschwerde legitimiert.[2])

Der Anspruch des Unternehmers geht auf die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers. Dem § 648 liegt, wie oben

---

[1]) Ebenso Oberneck, § 162 S. 1000; Kretzschmar S. 615 B. II 9; Oertmann, Bem. 5 zu § 648; Fischer-Henle, Bem. zu § 648; Neumann, Kommentar Bem. 6 zu § 648; Dernburg, § 323 IIIc; Planck Bem. 3a zu § 648; Staudinger, § 648 IIIf; Biberfeld, S. 67; Kammergericht vom 17. Dezember 1900 Rspr. Bd. 2, S. 221; — anderer Ansicht Achilles, Bem. zu § 648; Oberlandesgericht Stuttgart vom 13. Dezember 1906 Recht 1907 Nr. 867.

[2]) Oberneck, § 162.

erwähnt, die Erwägung zu Grunde, daß dem Unternehmer der Mehrwert, der durch seine Arbeit dem Baugrundstück zugefügt worden ist, vorzugsweise haften soll. Darnach erscheint es geboten, den Anspruch, soweit dies die Einrichtung des Grundbuches zuläßt, auf den Teil des Grundstücks zu beschränken, der als das eigentliche Baugrundstück anzusehen ist, indem also die Werterhöhung durch die Arbeit des Unternehmers steckt, und ihn auszuschließen hinsichtlich solcher Flächen, die von dieser Werterhöhung nicht betroffen sind. Ist also das eigentliche Baugrundstück während oder nach Errichtung des Baues, von dem übrigen Grundstück grundbuchlich getrennt worden, so hat der Unternehmer Anspruch auf Eintragung der Sicherungshypothek nur auf diesem abgeschriebenen Teile, der den ausgeführten Bau trägt.[1]) Daß der Unternehmer, wenn der Besteller noch anderen Grundbesitz hat, nicht verlangen kann, daß zu seiner Sicherung ein anderes Grundstück belastet werde, an dem er keine Arbeiten vorgenommen hat, ist selbstverständlich. Sind Bauarbeiten zwar für denselben Bauherrn, aber für mehrere, wenn auch nebeneinander gelegene Grundstücke geleistet, so besteht der Anspruch aus § 648 hinsichtlich der einzelnen Grundstücke nur betreffs der in das einzelne Grundstück wirklich verwendeten Leistungen.[2]) Das ergibt sich aus der ratio legis (Prot. 2 S. 930) und aus dem 2. Satz von § 648.

Verpflichtet zur Bewilligung der Sicherungshypothek und daher passiv legitimiert in dem auf Grund von § 648 erhobenen Prozesse ist der Besteller des Werkes als Eigentümer des Baugrundstückes. Das geht hervor aus den Worten des § 648: „Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers." Diese Passivlegitimation dauert aber nur, solange der Besteller Eigentümer des Baugrundstückes ist. Wir oben S. 57 ausgeführt, geht der Unternehmer seines unerfüllten Anspruches aus § 648 verlustig, sobald das Baugrundstück in dritte Hand übergeht.

[1]) Siehe Biberfeld, S. 63; Staudinger, Bem. II 5 zu § 648; Drost, S. 46; Oberlandesgericht Breslau vom 13. Oktober 1905 Rspr. Bd. 12, S. 83.

[2]) Ebenso R. G. vom 23. April 1910 Recht 1910 Nr. 2358 gegen Kammergericht vom 2. März 1908 Recht 1908 Nr. 2553.

Will der Unternehmer also seinen Anspruch aus § 648 durchsetzen, so muß er vor dem Übergang des Baugrundstückes auf einen Dritten gegen den Besteller bereits ein rechtskräftiges Urteil erlangt und auf Grund desselben auch den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt haben, weil sonst gar kein Recht des Bestellers mehr von der Eintragung berührt wird und dieser dann nach § 19 G. B. O. auch nicht mehr derjenige ist, der die Eintragung zu bewilligen hat. Aus alledem erhellt, daß der Klageweg nur sehr selten zu einem für den Unternehmer praktischen Resultat führen wird. Der Besteller hat es in der Hand, durch Geltendmachung von allerhand Einreden den Prozeß hinauszuziehen und er kann in der Zwischenzeit entweder das Grundstück veräußern, sodaß der Anspruch des Unternehmers überhaupt gegenstandslos wird, oder das Grundstück derart mit anderen Hypotheken belasten, daß die Sicherungshypothek des Unternehmers, die den inzwischen eingetragenen Hypotheken im Range nachsteht, in der Luft hängt und keinerlei Wert mehr hat. Diese Benachteiligung, deren Grund darin liegt, daß die nach § 648 zu beanspruchende Sicherungshypothek keineswegs ein Vorrecht vor anderen bereits eingetragenen Hypotheken gibt, sondern im Verhältnis zu anderen Realgläubigerrechten nach dem Datum des Eintrags rangiert (§ 879 B. G. B.), kann der Unternehmer dadurch vermeiden, daß er bereits frühzeitig eine Vormerkung für seinen Anspruch erwirkt. (Vergl. oben S. 57.)

Denn nach § 883 Abs. 3 des B. G. B. bestimmt sich dann der Rang der später eingetragenen Sicherungshypothek nach der Eintragung der Vormerkung. Aber auch wenn der Unternehmer mit größter Beschleunigung, so rasch es ihm nur möglich ist, eine Vormerkung erwirkt, die seinen Anspruch sichert, so ist doch der praktische Wert der Sicherungshypothek dann nur gering, wenn, was meist der Fall ist, das Grundstück bereits vor Übertragung des Werkes an den Unternehmer, also ehe dieser die Vormerkung erlangen konnte, mit Restkaufgelder = oder Baugelderhypothek über den wahren Wert belastet.[1])

[1]) Endemann, § 174 Anm. 25; Lotmar, S. 386 Nr. 5; Oertmann in Brauns Archiv XIII S. 38 ff.

Wichtig ist, wie aus diesen Ausführungen hervorgeht, die Frage, in welchem Zeitpunkt der Unternehmer den Anspruch aus § 648 geltend machen kann und ob dazu Fälligkeit der Forderung aus dem Werkvertrage erforderlich ist. Wäre das der Fall, so könnte der Anspruch erst nach erfolgter Abnahme des Werkes, also nach Vollendung desselben geltend gemacht werden, da gemäß § 641 regelmäßig erst mit der Abnahme des Werkes die Fälligkeit der Forderung eintritt. Die Ansichten der zweiten Kommission gingen in diesem Punkte weit auseinander.[1]) Von den zu § 574 des 1. Entwurfes gestellten 5 Anträgen gewährte der Antrag 1 den Anspruch nur wegen der fälligen Forderungen. Damit hätte der Paragraph im wesentlichen seinen Wert verloren, weil dann die Geltendmachung regelmäßig erst viel zu spät hätte erfolgen können (s. oben S. 81). Der Hauptantrag 5 wollte den Anspruch wegen aller Forderungen aus dem Werkvertrage schon vor der Fälligkeit mit dem Abschlusse des Werkvertrages entstehen lassen. Zweifellos wäre diese Regelung den Unternehmern sehr günstig gewesen, sie gefährdete aber nach Ansicht der Kommission den Besteller, ging also zu weit. Daher wurde der eventuelle Antrag 5 angenommen, der einen Mittelweg geht. Satz 2 von § 648 bestimmt demgemäß, daß der Unternehmer vor Vollendung des Werkes Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen kann. Daraus geht hervor, daß die Fälligkeit der Forderungen nicht Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruches ist.[2]) Es kann vielmehr bereits vor Vollendung des Werkes für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung jederzeit eine Sicherungshypothek verlangt werden. Darnach ist dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben, sich sofort zu sichern, wenn der Besteller während des Baues in

[1]) Protokolle II, S. 321 ff., oben S. 68 ff.

[2]) Ebenso Plank, Bem. 2β zu § 648; Oertmann, Bem. 5 zu § 648; Crome, § 267, Nr. 2; Oberlandesgericht Frankfurt vom 8. März 1909 im Recht 1909, Nr. 980.

Zahlungsschwierigkeiten gerät oder den Bau einstellt. Es folgt aus dieser Fassung und der Entstehungsgeschichte des Paragraphen aber weiter, daß der Anspruch aus § 648 auf Grund eben der bloßen Tatsache des Vertragsabschlusses nicht schon sofort nach Abschluß des Werkvertrages gegeben ist, wenn mit der tatsächlichen Ausführung des Werkes noch gar nicht begonnen ist, sondern erst nach gänzlicher oder teilweiser Ausführung der nach dem Vertrag zu leistenden Arbeit.[1]) Ein Recht auf Einräumung der Hypothek vor Beginn des Baues hat der Unternehmer nicht.

Daraus, daß die Fälligkeit der Bauforderung nicht Voraussetzung ist, folgt weiterhin auch, daß der Anspruch aus § 648 auch wegen gestundeter Ansprüche geltend gemacht werden kann.[2])

Vielfach wird nun die Ansicht vertreten, der Unternehmer könne sich, obwohl die Sicherungshypothek aus § 648 erst gefordert werden kann, sobald die Werkleistung begonnen hat, bereits vorher und zwar sofort nach Abschluß des Werkvertrages, ohne tatsächlich die Arbeiten begonnen zu haben, zur Sicherung des künftigen bez. des durch die Vollendung des Werkes bedingten Anspruches auf die Sicherungshypothek eine Vormerkung eintragen lassen.[3]) Damit wäre die nach Satz 2 von § 648 gegebene Einschränkung des Anspruches wieder aufgehoben. Begründet wird diese Ansicht damit, daß nach § 883 Abs. 1 Satz 2 die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruches zulässig sei, daß also auch hier die Vormerkung für den künftigen Anspruch möglich sein müsse. Doch ist

---

[1]) Vergl. Hachenburg, S. 84; Neumann, 2 zu § 648; Brückner, im Recht 1910, S. 830; Oberneck, § 162, Nr. 1, S. 999; Staudinger, Anm. II 7 zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 5 zu § 648, Bd. I, S. 602; Crome, § 267, Nr. 2; Meisner, Bem. 2 zu § 648; R. G. vom 21. Juni 1902, Entsch. 58, S. 301.

[2]) Oertmann, Bem. 5 zu § 648.

[3]) Vergl. Crome, § 267, Nr. 2; Enneccerus, § 374 II; Oertmann, § 648, Bem. 6; Dernburg, § 323 IIId; Höchel, S. 18; Drost, S. 53; Simonsohn, S. 46; Riezler, S. 155.

dieser Ansicht nicht beizustimmen. Die Voraussetzung, daß mindestens ein Teil der Arbeit bereits geleistet sein muß, gilt auch für eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruches auf die Hypothek. Der Grundsatz des § 883 Abs. 1, wonach die Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruches zulässig ist, greift hier nicht Platz, da hier nach besonderer Gesetzesvorschrift (Satz 2 von § 648) von der Sicherungshypothek nur insoweit, als die Arbeit am Bauwerk geleistet und durch deren Mehrwert dem Unternehmer ein Sicherungsobjekt geboten ist (Prot. Band 2, S. 326), die Rede sein kann, während es vor Leistung der Arbeit an einem genügenden, zur Sicherung des Baugläubigers heranzuziehenden Objekt fehlen würde.[1])

Trotzdem hat die Erwirkung einer Vormerkung zur Sicherung seines Anspruches aus § 648 vielfach erheblichen Nutzen für den Unternehmer. Er kann, wenn der Besteller den begonnenen Prozeß in die Länge zieht, um noch rasch Hypotheken eintragen zu lassen, die der Hypothek des Unternehmers vorgehen würden, durch eine solche Vormerkung sich einen günstigen Rang sichern (oben S. 81) und kann auch eine eventuelle Veräußerung des Grundstückes unschädlich machen (s. unten S. 88 ff.). Er kann die Vormerkung aber auch bereits vor Klagerhebung erwirken und wird das vielfach auch tun, da erst nach erwirkter Vormerkung eine Klage, wie oben ausgeführt, wirklich Aussicht auf Erfolg bietet.

Die Eintragung einer solchen Vormerkung erfolgt nach § 885 B. G. B. entweder auf Grund einer einstweiligen Verfügung oder auf Grund der Bewilligung des Bestellers als desjenigen, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen wird. Der letztere Fall wird hier nur sehr selten vorkommen, da der Besteller, wenn er einmal die Eintragung einer Vormerkung bewilligt, wohl auch die Eintragung der Sicherungshypothek selbst bewilligen

[1]) Ebenso Meisner, Bem. 2 zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 5 zu § 648, Bd. I, S. 602; Brückner im Recht 1910, S. 830; R. G. vom 21. Juni 1904, Entsch. 58, S. 301 und wohl auch Staudinger, Bem. II 7 und IIIa zu § 648.

wird, da diese ja für ihn kaum lästiger ist, als die Vormerkung. Meist wird also die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden, entweder vor Klagerhebung durch den Unternehmer oder während des von diesem gegen den Besteller auf Einräumung der Sicherungshypothek geführten Prozesses. Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nach § 885 Abs. 1 Satz 2 nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruchs glaubhaft gemacht wird. Daher braucht der Unternehmer bei Stellung seines Gesuches um Erlaß der einstweiligen Verfügung nur glaubhaft zu machen, daß ihm eine Forderung aus einem mit dem Grundstückseigentümer abgeschlossenen Werkvertrage über ein Bauwerk zusteht, das auf dem fraglichen Grundstücke errichtet worden ist; es ist nur Glaubhaftmachung der zu sichernden Bauforderung erforderlich. (§ 936, § 920 Z. P. O.) Aber auch wenn diese Glaubhaftmachung nicht erfolgt, kann das Gericht die einstweilige Verfügung erlassen, sofern der Unternehmer Sicherheit leistet. (§§ 936, 921 Abs. 2 Z. P. O.) Hervorzuheben ist noch, daß dem Unternehmer dadurch, daß er im Klagewege ein gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbares Urteil aus dem Bauvertrage erlangt hat, dieser durch die §§ 648, 883, 885 B. G. B. gegebene Weg, eine Sicherung auch ohne Sicherheitsleistung zu erhalten, nicht verschlossen ist.[1]) Er kann also immer noch bei Glaubhaftmachung seiner Forderung eine einstweilige Verfügung erzielen, ohne daß er Sicherheit zu leisten braucht. Das ist für die Bauhandwerker wichtig, da diese meist schwerlich in der Lage sein dürften, sofort genügende Sicherheit leisten zu können.

Passiv legitimiert bei Geltendmachung des Anspruches auf Eintragung einer Vormerkung ist der Grundstückseigentümer, aber nur sofern ihm die persönliche Verpflichtung obliegt. (Siehe oben S. 57.)

Zuständig für den Erlaß der einstweiligen Verfügung sind das Gericht der Hauptsache (§§ 937, 943

[1]) Siehe Staudinger, Bem. II 8 zu § 648; Oberlandesgericht Breslau vom 13. Oktober 1905 Rspr. Bd. 12, S. 83.

Z. P. O.) und das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Baugrundstück liegt (§ 942 Abs. 2 Z. P. O.); das letztere auch dann, wenn der Fall nicht für dringlich erachtet wird. Es muß also hier nicht, wie bei sonstigen nicht dringlichen einstweiligen Verfügungen, das Prozeßgericht angegangen werden. Gericht der Hauptsache, das die einstweilige Verfügung auf ein entsprechendes Gesuch zu erlassen hat, ist das Gericht, bei dem der zu sichernde Anspruch, also der Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek, im Wege der Klage geltend zu machen ist oder bereits geltend gemacht ist. Ist nur auf Zahlung der Bauforderung geklagt, so ist das mit dieser Klage befaßte Gericht nicht als solches zur Erlassung der die Eintragung der Vormerkung anordnenden einstweiligen Verfügung zuständig, weil es nicht als Gericht der Hauptsache nach § 943 Z. P. O. angesehen werden kann.[1])

Die zur Sicherung des dem Unternehmer aus § 648 zustehenden Anspruches im Grundbuche eingetragene Vormerkung kann in eine Sicherungshypothek umgeschrieben werden entweder auf Grund der Bewilligung des Eigentümers, wenn dieser etwa die Unhaltbarkeit seines ablehnenden Standpunktes einsieht und Kosten vermeiden will, oder auf Grund eines diesen zur Abgabe der Bewilligung verurteilenden rechtskräftigen Urteils (§ 894 Z. P. O. oben S. 71), nicht aber, wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, auf Grund eines den Eigentümer zur Zahlung der Schuld verurteilenden Urteils.[2])

Der Vollzug der zu Gunsten des Unternehmers ergangenen einstweiligen Verfügung, also die Eintragung der

[1]) Ebenso Goldmann-Lilienthal, II S. 266, 268; Biermann, Komm. Bem. zu § 885; Neumann, Bem. 4 zu § 648; Staudinger, Bem. IIIa zu § 648; R. G. vom 10. November 1892 Entsch. Bd. 30, S 351, Bd. 26, S. 288; Entscheidung vom 15. November 1905 Bd. 62, S. 61; Oberneck, § 161, S. 1000, nachdem aber von einer weitverbreiteten Praxis im Wege einer einstweiligen Verfügung eine derartige Vormerkung angeordnet wird, auch wenn vor dem betreffenden Gerichte nur auf Zahlung der Bauforderung geklagt ist.

[2]) Vergl. Kammergericht vom 30. März 1908 im Recht 1908 Nr. 2552; R. G. vom 15. November 1905, Entsch. Bd. 62, S. 62.

Vormerkung im Grundbuche, hat regelmäßig auf Parteiantrag zu erfolgen. (§ 13 G. B. O.)[1]) Der Unternehmer hat bei Stellung des Antrages dem Grundbuchamte eine Ausfertigung der einstweiligen Verfügung und gegebenenfalls auch einen Zustellungsnachweis vorzulegen. (§§ 936, 929 Z. P. O.) Das Gericht, das die einstweilige Verfügung erlassen hat, kann aber auch gemäß § 941 Z. P. O. das Grundbuchamt unmittelbar um die Eintragung der Vormerkung ersuchen, das dann nach § 39 G. B. O. nur eine beschränkte Prüfungspflicht hat. Nach §§ 936, 932 III, 929 II Z. P. O. ist die Eintragung der Vormerkung aber nicht mehr zulässig, wenn der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte erst gestellt wird, nachdem ein Monat seit der Verkündung oder der Zustellung der einstweiligen Verfügung an den Unternehmer ergangen ist.[2])

Die Vormerkung gibt dem Unternehmer selbstverständlich keine größeren Rechte dem Umfange nach, als die Einräumung der Sicherungshypothek nach § 648 gewähren würde. Die Vormerkung ergreift also zwar auch das Zubehör des Baugrundstücks, doch können durch sie Zubehörstücke des Grundstücks dem Unternehmer nicht weiter verhaftet werden, als ihre Haftung nach Maßgabe von 1121 B. G. B. für die endgültig eingetragene Sicherungshypothek bestehen würde.[3]) Auf die Streitfragen nach der rechtlichen Natur der Vormerkung[4]) hier näher einzugehen, ist nicht beabsichtigt, fällt auch nicht in den Rahmen dieser Abhandlung. Der gesicherte obligatorische Anspruch wird aber jedenfalls durch die Vor-

---

[1]) Siehe Staudinger, Bem. I 1b zu § 885; Goldmann-Lilienthal II S. 268.

[2]) Siehe noch § 929 Abs. III Z. P. O. bei Vollziehung vor Zustellung an den Schuldner. Vergl. ferner R. G. vom 15. Mai 1908 im Recht 1908 Nr. 2466 über Versäumung der Zustellungsfrist.

[3]) Biermann, Widerspruch S. 202; Biermann, Komm. Bem. zu § 883; Staudinger, Bem. V 5 zu § 883; Protokolle III, S. 747; Dernburg, § 323 III d.

[4]) Siehe die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Othmer: Die rechtliche Wirkung der Vormerkung, in Studien zur Erl. d. bürgerl. Rechtes, 9. Heft (1902).

merkung noch nicht dinglich, er geht an sich nach wie vor ausschließlich gegen den ursprünglich persönlich Verpflichteten.[1])

Da die Vormerkung akzessorisch, ihre maßgebende Grundlage also der obligatorische Anspruch ist, so steht sie auch nicht unter dem Schutze von § 892 B. G. B.[2]) Tritt der Unternehmer seine angebliche Werklohnforderung, für die eine Vormerkung eingetragen ist, einem Dritten ab, so kann sich dieser nicht auf die Vormerkung berufen und geltend machen, er habe das Nichtbestehen der Forderung nicht gekannt.

Wie oben Seite 86 ausgeführt, kann auf Grund eines rechtskräftigen Urteils oder auf Grund der Bewilligung des Bestellers ohne weiteres die Umschreibung der Vormerkung in eine Hypothek erfolgen. Das ist aber nur möglich, solange der Besteller noch Eigentümer des Baugrundstücks ist. Anders liegt die Sache, falls in der Zeit nach Eintragung der Vormerkung ein Eigentümerwechsel eingetreten ist. Dann ist die Umschreibung der Vormerkung nur möglich, wenn sowohl der Besteller sie bewilligt, als der neue Eigentümer seine Zustimmung gibt; der Besteller allein ist nicht mehr im Stande, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch aus § 648 zu verwirklichen, denn das Grundbuchamt darf die Umschreibung nur vornehmen, wenn der Eigentümer zustimmt. Gemäß §§ 888, 883 Abs. 2 kann aber der Unternehmer von dem neuen Eigentümer oder dessen Erben die Zustimmung zu der Umschreibung verlangen und kann ihn, falls er sie verweigert, darauf verklagen. Das rechtskräftige Urteil ersetzt dann gemäß § 894 Z. P. O. die Zustimmung. Es steht, falls sowohl der Besteller als der Erwerber sich weigern, ihren Verpflichtungen

[1]) Staudinger, Bem. IV 1 und V 1b zu § 883 Bem. I 1 zu § 886; Neumann, Bem. zu § 888; Protokolle III, S. 740 ff.; Oberlandesgericht Dresden vom 31. Januar 1902 Rspr., Bd. 4, S. 237.

[2]) Ebenso Biermann, Widerspruch S. 187; Staudinger, zu § 883; Planck, S. 118; Enneccerus, S. 122 ff.; Turnau-Foerster I, S. 196, S. 197, Bem. 4d zu § 883; Gierke, S. 336; Kammergericht in Rspr. Bd. 2, S. 243; — andrer Ansicht Cosack, § 180 II 1, 47; Fuchs, S. 121 ff., 152.

nachzukommen, in der Wahl des Unternehmers, ob er zuerst den persönlich verpflichteten Besteller auf Erteilung der Bewilligung der Umschreibung, oder zuerst den Eigentümer auf Erteilung seiner Zustimmung verklagen will. Der Unternehmer muß keineswegs zuerst den Besteller verklagen und kann gegen den Erwerber bereits vorgehen, bevor er gegen den Besteller ein rechtskräftiges Urteil erlangt oder dieser eine formgerechte Eintragungsbewilligung abgegeben hat. Ob die Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des Bestellers oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden ist, macht dabei keinen Unterschied.[1]) Der Erwerber ist durch dieses Wahlrecht des Unternehmers, nach dem diesem freisteht, gegen wen er zuerst im Klagewege vorgehen will, nicht ungünstiger gestellt, als wenn erst gegen den Besteller geklagt wenden müßte, da der Unternehmer den Anspruch nachweisen muß und dem Erwerber die Einreden aus dem persönlichen, der Vormerkung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zustehen. Das ist mit gewissen Einschränkungen auch dann der Fall, wenn bereits ein rechtskräftiges Urteil gegen den Besteller ergangen ist.[2]) Diese Zustimmung des

[1]) Ebenso Neumann, Anm. zu § 888; Biermann, Vormerkung S. 212; Oberneck, § 162, S. 1000; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Anm. 1 zu § 888, Bd. II, S. 92, 94; Kretzschmar, Anm. § 888, S. 101; Fischer-Henele, Bem. zu § 888; Biermann, Sachenrecht, Bem. 4 zu § 888; R. G. vom 8. November 1902, Entsch. Bd. 53, S. 28; — andrer Ansicht bezüglich des Wahlrechts des Unternehmers Dernburg, § 323 III d; Drost, S. 55/56; Kuhlenbeck, S. 527; Turnau-Foerster § 888 II; die annehmen, der Unternehmer müsse, wenn die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen sei, zunächst ein rechtskräftiges Urteil gegen den Besteller erwirken, oder es müsse eine formgerechte Eintragungsbewilligung desselben vorliegen, erst dann könne der Unternehmer gegen den Erwerber auf Zustimmung klagen. Ebenso O. L. G. Dresden vom 31. Januar 1902 RSpr., Bd. 4, S. 237. Ähnlich Staudinger, Bem. III 2c zu § 888. Nach Hopmann, Archiv f. bürgerliches Recht 1907, Bd. 30, S. 224 ff., bes. S. 232, besteht nach der Veräußerung des Grundstücks der Anspruch aus § 648 überhaupt nicht mehr. Die Wirkungen der Vormerkung fallen weg und es kann von dem 3. Erwerber auch nicht mehr gemäß § 888 die Zustimmung zu der zur Verwirklichung des gesicherten Anspruches notwendigen Eintragung verlangt werden.

[2]) Staudinger, Bem. III 4 zu § 888, Bem. I 1a zu § 886, Protok. III, S. 748; Biermann, Vormerkung S. 212; R. G. vom 8. November 1902, Entsch. Bd. 53, S. 28 ff.; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 888, Bd. II, S. 94.

Erwerbers muß der Unternehmer aber auch dann beibringen, wenn die der eingetragenen Vormerkung widersprechende Verfügung, also die Veräußerung an den Dritten, erst nach Erhebung der Klage gegen den Besteller erfolgt ist. Denn der Erwerber des Grundstücks tritt nicht in die obligatorische Verpflichtung des Bestellers ein (siehe oben S. 57), sondern er muß nur, wenn der vorgemerkte Anspruch zu Recht besteht, die Unwirksamkeit seines Rechtserwerbes anerkennen und demgemäß seine Zustimmung zu der Eintragung der vorgemerkten Sicherungshypothek geben.[1]) Es fehlt also an der Identität des streitigen Rechtsverhältnisses.

Der Umschreibungsanspruch des Unternehmers gegen den Besteller, den bisherigen Eigentümer, ist auf dessen aus einem persönlichen Schuldverhältnisse sich ergebende Verpflichtung, die Umschreibung zu bewilligen, gestützt. Daraus folgt, daß der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 Z. P. O nicht begründet ist.[2]) (Vergl. oben S. 71.) Dagegen ist für die Klage gegen den Erwerber auf Zustimmung zu der erforderlichen Eintragung, mit der gemäß §§ 883, 888 die dingliche Wirkung der Vormerkung geltend gemacht wird, der dingliche Gerichtsstand nach § 24 Z. P. O. begründet.[3]) Erlischt die Forderung des Unternehmers, z. B. durch Befriedigung oder Vereinigung von Schuld und Anspruch in einer Person, so erlischt auch das Recht aus § 648. Die Hypothekenvormerkung geht dann nicht etwa auf den Grundstückseigentümer über, sondern sie wird gegenstands- und daher wirkungslos. Aus einer solchen wegfallenden Vormerkung entsteht also keine Eigentümergrundschuld. Der Besteller kann daher gemäß § 894 B. G. B., §§ 22, 23, 24 G. B. O. von dem Unternehmer Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Vormerkung ver-

[1]) Kretzschmar, Sachenrecht, Bem. zu § 888, S. 101; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 1 zu § 888, Bd. II, S. 92.

[2]) Ebenso R. G. vom 18. Juni 1902, Entsch. Bd. 52, S. 41; Biermann, Vorbemerkung S. 215; Staudinger, Bem. III 2g zu § 888; Gaupp-Stein, § 24, S. 79.

[3]) Gaupp-Stein, § 24, S. 79; Kammergericht Rspr. 20, S. 289.

langen,[1]) weil das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage nicht mehr im Einklang steht. Bezahlt der Besteller die Bauforderung jedoch erst, nachdem bereits eine Sicherungshypothek eingetragen war, so verwandelt sich diese nach § 1163 B. G. B. in eine Eigentümerhypothek (s. oben S. 73).

Hat der Besteller eine sogenannte peremptorische Einrede gegen die Forderung des Unternehmers, durch die die Geltendmachung derselben dauernd ausgeschlossen wird, z. B. die Einrede der Verjährung, so hat das nicht das Erlöschen der Vormerkung zur Folge, da der Anspruch des Unternehmers ja noch besteht und nur entkräftbar ist. Der Besteller kann jedoch gemäß § 886 B. G. B. von dem Unternehmer die Beseitigung der Vormerkung verlangen. § 223 B. G. B. findet in diesem Falle keine Anwendung.[2])

Fordert der Unternehmer Zahlung seiner Werklohnforderung, so braucht der Besteller Zahlung nur gegen Löschung der Vormerkung zu leisten und kann auch im Klagfalle verlangen, daß er zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Löschungsbewilligung der Vormerkung verurteilt werde. (Vergl. § 1144 B. G. B.) Das Verhältnis ist ähnlich wie bei einem gegenseitigen Vertrage (siehe § 320 B. G. B.), Löschungsbewilligung und Zahlung haben Zug um Zug zu erfolgen.[3])

Ist die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen worden, so bedarf es zur Löschung nicht der Bewilligung des Unternehmers, wenn die einstweilige

---

[1]) Ebenso Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 2 § 883, Bd. II, S. 77; Neumann, Bem. 8 zu § 648; Biermann, Widerspruch S. 197; Staudinger III, S. 166c; Enneccerus, S. 121, Nr. 1; R. G. vom 6. März 1907, Entsch. Bd. 65, S. 260; Kammergericht vom 11. Juli 1902, Jahrb. 25 A 170; R. G. vom 23. April 1910, Warn. Erg. Bd. 1910, Nr. 239, S. 248.

[2]) Siehe Staudinger, Bem. I 1b zu § 886; R. G. vom 17. Februar 1908 in Warneger Erg. Bd. 1908, Nr. 286; vergl. noch § 1169 B. G. B. für den Fall, daß bereits eine Hypothek eingetragen ist.

[3]) Ebenso Staudinger, Bem. IIIb zu § 648; Neumann, Bem. 8 zu § 648; R. G. vom 5. Januar 1904, Entsch. Bd. 56, S. 251; Planck, Bem. 3b zu § 648; Fischer-Henle, Bem. zu § 648.

Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben worden ist. Es genügt vielmehr der einseitige Antrag des Bestellers, sofern dieser die vollstreckbare Entscheidung vorlegt. Hat der Besteller nachträglich die Eintragung der Vormerkung bewilligt, oder ist er zur Bewilligung derselben rechtskräftig verurteilt worden, so bedarf es zur Löschung auch der Bewilligung des Unternehmers, selbst wenn die Verfügung, auf Grund deren die Vormerkung ursprünglich eingetragen worden war, durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben wird. Die nachträgliche Bewilligung ist also von rechtlicher Bedeutung und deshalb eintragungsfähig.[1])

Die Sicherungshypothek des Unternehmers und auch schon eine zum Schutze einer solchen eingetragenen Vormerkung sind vielfach dem Grundstückseigentümer sehr lästig und dieser wird eventuell, namentlich wenn er noch Baugelderhypotheken aufnehmen oder sonstige Hypothekenregulierungen vornehmen will, andererseits aber die Höhe der Forderung beanstandet und deshalb nicht die ganze Summe zahlen will, darnach trachten, sie durch Sicherheitsleistung zu beseitigen. Es ist daher zu erwägen, ob und unter welchen Voraussetzungen er dazu imstande ist. *Ist auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung eingetragen, so ist der Grundstückseigentümer berechtigt, diese durch Sicherheitsleistung zu beseitigen,*[2]) wenn die Hinterlegung zu dem Zwecke erfolgt, daß der Unternehmer auf Grund eines rechtskräftigen Urteils die Auszahlung des hinterlegten Betrages erwirken kann. Denn eine auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkung ist an sich nicht Vollzug des dem Unternehmer durch § 648 eingeräumten Anspruches, sondern Vollzug einer zum Schutz dieses Anspruchs vom

[1]) Biermann, Sachenrecht S. 70, Nr. 2 zu § 886; Kammergericht vom 5. März 1900, Jahrbuch 20 A 77.

[2]) Ebenso Oberneck, S. 1000; Oertmann, Bem. 8 zu § 648; Planck, Bem. 3b zu § 648; Staudinger, Bem. III d zu § 648; Neumann, Bem. 8 zu § 648; Biermann, Widerspruch S. 146; R. G. vom 28. April 1903, Entsch. Bd. 55, S. 141, gegen Kammergericht vom 10. Dezember 1902 Rspr., Bd. 6, S. 85; beachte auch R. G. in Jur. Wochenschrift 1896, S. 33, Nr. 18.

Richter nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel. Auf diese finden die Vorschriften der §§ 985 ff. Z. P. O. Anwendung, insbesondere ist die Aufhebung wegen veränderter Umstände, namentlich wegen Erledigung des Grundes zu ihrer Erlassung, oder auf Grund des Erbietens zur Sicherheitsleistung zulässig. Für diese Auffassung spricht ferner noch der Umstand, daß bei dem stärkeren Rechte des Arrestes die daraufhin eingetragene Sicherungshypothek nach § 923 Z. P. O. bei Hinterlegung des im Arrestbefehl bestimmten Geldbetrages sofort gelöscht werden muß. Die bereits eingetragene Sicherungshypothek selbst kann der Besteller aber nicht mehr durch Sicherheitsleistung beseitigen. Das Recht des Unternehmers aus § 648 ist ein klagbares und erzwingbares Privatrecht, an dessen Stelle der Richter nicht ein ihm gut dünkendes anderes Recht setzen darf, selbst wenn dieses dem Unternehmer, wie z. B. die Hinterlegung, noch bessere Sicherheit bieten sollte.[1])

Wie oben Seite 73 und 81 dargelegt, ist sehr oft das Baugrundstück schon zu dem Zeitpunkt, wo der Unternehmer den Auftrag zur Herstellung seines Werkes erhält, weit über den wahren Wert belastet, ja es ist oft schon der Wert des erst zu errichtenden Bauwerkes stark überschritten. In einem solchen Falle hat die Einwirkung einer Sicherungshypothek oder einer Vormerkung zum Schutze derselben natürlich keinerlei Wert für den Unternehmer, da sie ja bei einer eventuellen Zwangsvollstreckung doch leer ausgehen würden. Der Unternehmer würde sich in einem solchen Falle nur unnötige Kosten verursachen. Um das zu vermeiden, muß er sich vorher über die Belastung des Baugrundstückes informieren. In zuverlässiger Weise kann er das nur durch Grundbucheinsicht. Auf diese hat er aber gemäß § 11 G. B. O. ein Recht.[2])

---

[1]) R. G. Bd. 55, S. 141; Kammergericht Rspr., Bd. 6, S. 85.

[2]) Siehe Riezler, S. 156; Standinger, Bem. IIIa zu § 648; Dernburg III, S. 124; Kammergericht am 14. Mai 1900, Jahrb. 20 A 173.

Auch wenn der Unternehmer sehr rasch gehandelt hat und so glücklich gewesen ist, einen günstigen Rang für seine Vormerkung und Sicherungshypothek zu erlangen, ist er nicht immer in der Lage, diese günstige Rangstellung ausnutzen zu können. Der Baugeldgeber, der etwa im Rang erst nach dem Unternehmer kommt, wird diesen durch die Androhung, die Auszahlung der notwendigen Baugelder zu verweigern, oft mit Erfolg veranlassen, ihm seinen Rang abzutreten. Gemäß § 880 B. G. B. ist zu einer solchen nachträglichen Rangänderung die Einigung des zurücktretenden Unternehmers und des vortretenden Baugeldgebers und die Eintragung der Änderung in das Grundbuch erforderlich. Bei Rücktritt der bereits eingetragenen Sicherungshypothek ist außerdem die Zustimmung des Eigentümers nötig. Da aber aus der bloßen Vormerkung eine Eigentümerhypothek nicht entstehen kann, ist bei Rücktritt der Vormerkung, der ebenfalls zulässig ist,[1]) die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich.[2])

§ 7. Die durch § 648 gesicherten Forderungen.

Der Sicherungsanspruch steht nach dem Wortlaut des Paragraphen 648 dem Unternehmer gegen den Besteller wegen seiner Forderungen aus dem Vertrage zu. Nach dem oben S. 48 Ausgeführten müssen die Forderungen des Unternehmers dabei aus einem Werkvertrage herrühren, da sich § 648 genau wie § 647, mit dem er in der Fassung „Forderungen aus dem Vertrage" auch im Wortlaut übereinstimmt, nur auf Werkverträge bezieht. Die Frage, für welche Arten von Forderungen der Sicherungsanspruch geltend gemacht werden kann, liegt also hier gerade

[1]) Siehe Kammergericht vom 17. Juni 1901 in Entsch. der freiw. Gerichtsbarkeit 2, S. 145.

[2]) Ebenso Biermann, Widerspruch S. 151, Drost, S. 58.

so, wie bei § 647.[1]) Zunächst kommt die Forderung auf die für Ausführung des Werkes an den Unternehmer zu entrichtende Vergütung in Betracht, sei sie der Höhe nach fest vereinbart (§ 631), oder eine taxmäßige bez. ortsübliche (§ 632). Ferner sind hierher zu rechnen alle anderen Forderungen des Unternehmers, die ihren Rechtsgrund in dem Vertrage haben, so Ersatzansprüche für etwaige „in der Vergütung nicht inbegriffene Auslagen", wie sie in § 645 und in Satz 2 von § 648 erwähnt sind.[2]) Wegen den anderen Auslagen siehe unten Seite 103. Weiter gehört hierher der Anspruch auf Zinsen, sei es, daß sie vertragsmäßig vereinbart sind, sei es, daß sie dem Unternehmer gemäß § 641 Abs. II seit der Abnahme des Werkes für die nicht gestundete Vergütung zustehen.[3]) Hierher sind aber auch solche Forderungen des Unternehmers zu rechnen, die ihren Rechtsgrund nicht allein im Vertrage, sondern auch in anderen hinzutretenden Umständen haben, bei denen aber der Vertrag den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage bildet.[4]) So auch die Forderungen auf Schadensersatz, soweit sie nur wirklich aus dem Werkvertrage herrühren, z. B. Forderungen auf Schadensersatz wegen Abnahmeverzugs des Bestellers,[5]) weil dieser der ihm in § 640 auferlegten Abnahmepflicht nicht nachkommt, insbesondere die Ansprüche auf Ersatz der Mehraufwendungen, die der Unternehmer bei Annahmeverzug des Bestellers für das erfolglose Angebot und für die Erhaltung des Bauwerks machen mußte (§ 304 B. G. B.). Hierher gehört endlich auch die in § 642 behandelte Forderung auf eine angemessene Entschädigung für den Fall, daß die Herstellung des Werkes an eine Handlung

---

[1]) Vergl. Staudinger, Bem. II 6 zu § 648; Oertmann, Bem. 5 zu § 648.

[2]) Siehe Landhoff, § 7; Lotmar, S. 139/140.

[3]) Cosack, § 244a.

[4]) Vergl. Planck, Bem. 2a zu § 647; Staudinger, Bem. 3a zu § 647; Oertmann, Bem. 5 zu § 648; Crome, S. 694, Nr. 18.

[5]) Landhoff, § 7; Planck, Bem. 2a zu § 647; Staudinger, Bem. 3a zu § 647; Oberlandesgericht Posen vom 5. Oktober 1900 Rspr., Bd. 1, S. 398.

des Bestellers geknüpft ist, dieser aber mit ihrer Vornahme in Verzug kommt; denn auch diese Forderung ist nur eine ihrer Höhe nach besonders fixierte (Abs. 2 von § 642) Schadensersatzforderung.[1])

Fraglich ist es, wie es bei Untergang des Werkes vor Vollendung und Abnahme durch den Besteller steht, wenn z. B. das Bauwerk vorher einstürzt. Da nach § 644 B. G. B. der Unternehmer bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr trägt, so kann er eine Vergütung nur fordern, wenn der Untergang, die Verschlechterung oder die Unausführbarkeit infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von diesem für die Ausführung des Baues erteilten Anweisung eingetreten ist, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat. Gemäß § 645 kann in einem solchen Falle der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. (Siehe auch § 645 Abs. 2). Auch dieser Anspruch des Unternehmers ist durch § 648 gesichert.[2])

Wie oben erwähnt, fallen Schadensersatzansprüche nur dann unter den Schutz des § 648, wenn sie wirklich aus dem Werkvertrage herrühren. Sind sie aber nur bei Gelegenheit der Ausführung des Vertrages erwachsen, werden sie nicht geschützt. Trifft ein Ereignis, das vom Werkvertrag völlig unabhängig ist, den Unternehmer zu einer Zeit, da er mit dem fraglichen Werk beschäftigt ist, und hat die Herstellung ihn nicht gerade diesem Ereignis ausgesetzt, so handelt es sich um einen Schaden, der nur anläßlich der Werkvertragsausführung entstanden ist, und auch wenn der Besteller aus irgendwelchen Gründen für diesen Schaden haftet, fällt eine daraus entspringende Forderung doch keinesfalls unter

[1]) Ebenso Planck, Anm. 2a zu § 647; Landhoff, § 7; Staudinger, Bem. 3a zu § 647; Goldmann-Lilienthal, S. 666.

[2]) Staudinger, Bem. 3a zu § 647; Landhoff, § 7; Oberlandesgericht Hamburg vom 11. November 1910 Rspr., Bd. 22, S. 312.

§ 648. Ein Beispiel hierfür ist der Fall, daß der Unternehmer durch den Hund des Bestellers gebissen wird, während er gerade mit der Herstellung des Bauwerkes beschäftigt ist. Sobald der Schaden aber durch die Sache selbst in einer vom Besteller zu vertretenden Weise verursacht wird, wenn z. B. das vom Besteller gelieferte Material Fehler hat, die nicht ohne weiteres bemerkt werden konnten, sodaß ein Einsturz erfolgt, wobei der Unternehmer verletzt wird, liegt eine Forderung aus einem Werkvertrage vor.[1]) Nach Vorstehendem ist auch klar, daß Ansprüche, die dem Unternehmer aus einer etwa bei der Vertragsausführung vorgekommenen unerlaubten Handlung des Bestellers zustehen (§ 823 ff. B. G. B.) nicht gesichert sind.[2])

Eine sehr bestrittene Frage ist die, ob sich der Anspruch aus § 648 auch auf die Kosten der Rechtsverfolgung erstreckt. Zunächst ist zu bemerken, daß sich eine bereits eingetragene Sicherungshypothek gemäß § 1118 B. G. B. auch auf die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden, der dinglichen Rechtsverfolgung erstreckt, nicht aber auf die Kosten der Eintragung.[3]) Kann aber der Unternehmer die Eintragung einer Sicherungshypothek auch für die durch die prozessuale Geltendmachung entstehenden Kosten verlangen? Denn diese entstehen ja nicht so unmittelbar aus dem Vertrage, wie etwa der Anspruch auf die Vergütung. Doch bildet auch bezüglich der Prozeßkosten die Forderung aus dem Vertrage „den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage". Von einem Anspruch auf Erstattung von Prozeßkosten kann ja überhaupt nur die Rede sein, wenn der Unternehmer festgestellte Forderungen aus einem Werkvertrage über ein Bauwerk gegen den Besteller hat. Der Grundgedanke, nach dem in den oben Seite 95 angeführten Fällen einer Reihe Forderungen, die nicht unmittelbar aus dem Vertrag folgen, der Schutz des § 648 gewährt wird,

[1]) Landhoff, § 7; Dernburg, § 323 II.

[2]) Staudinger, Bem. 3b zu § 647; Oertmann, Bem. 2 zu § 647; Crome, S. 94, Nr. 18 und 4.

[3]) Ebenso Staudinger, Bem. II 6 zu § 648; Droſt, S. 36; Neumann, Bem. 5 zu § 648.

führt dazu, auch die Prozeßkosten diesem Schutz zu unterstellen. Es besteht ein genau so enger Zusammenhang zwischen der Forderung auf Ersatz der Prozeßkosten und der unmittelbaren Forderung aus dem Vertrage, wie zwischen dieser und den oben angeführten Entschädigungsansprüchen. Die Prozeßkosten sind ein „accesserium“[1]) der Forderung und in vielen Fällen sogar notwendig, um den Anspruch zu verwirklichen. Diese Kosten, die unbedingt erwachsen, wenn der Anspruch im Prozeßwege geltend gemacht wird, stehen in einem so engen Zusammenhang mit der Forderung, daß es nicht angängig erscheint, sie von ihr zu lösen und für die Anwendung des § 648 anders zu behandeln. Wie oben S. 94 ausgeführt ist, stimmt § 648 in der Fassung „Forderungen aus dem Vertrage“ wörtlich mit § 647 überein. Die Frage, für welche Arten von Forderungen der Anspruch geltend gemacht werden kann, liegt hier also genau so, wie bei § 647.[2]) Diese Übereinstimmung im Wortlaut ist natürlich keine zufällige und läßt deutlich erkennen, daß das Gesetz dem § 648 denselben Umfang und dieselbe Bedeutung geben will, wie § 647. Bei § 647 geht die Ausdehnung auf die Prozeßkosten aber aus den §§ 1257, 1210 B. G. B. klar hervor.[3]) Daher ist auch § 648 auf die Prozeßkosten auszudehnen.[4]) Dieses Resul-

[1]) Scherer, 4. Jahr, Nr. 1010, S. 585.

[2]) Ebenso Planck, Bem. 2c zu § 648; Oertmann, Bem. 5 zu § 448.

[3]) Siehe Staudinger, Bem. 3c und 4 zu § 647; Oertmann, Bem. 2 und 4 zu § 647; Planck, Bem. 2a zu § 647; Cosack, § 244b; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 3 zu § 647, Bd. I, S. 601; Achilles, Bem. zu § 247; Landhoff, § 7; Neumann zu § 649.

[4]) Ebenso Oertmann, Bem. 5 zu § 648; Planck, Bem. 2c zu § 648; Scherer, 3. Jahr, S. 239 IIIa, 4. Jahr Nr. 1010, S. 585; Biberfeld, S. 63; Achilles, Bem. zu § 648; Drost, S. 36; ähnlich das Bayr. Oberst. L. G., das den Anspruch des § 648 auf die Prozeßkosten in dem Fall erstrecken will, daß der Besteller durch seinen Verzug die Sicherstellung nach § 648 und damit Aufwendungen veranlaßt hat. (§ 286 B. G. B.) Urteil vom 21. September 1908 im Recht 1908, Nr. 3121, Urteil vom 21. November 1908 im Recht 1909, Nr. 458; anderer Ansicht Staudinger, Bem. II 6 zu § 648; Oberneck, § 162, Nr. 1, S. 999; Dernburg, § 323 IIId; Oberlandesgericht Posen vom 5. Oktober 1900 in Rspr. Bd. 1, S. 398; Kammergericht vom 30. Januar 1902 im Recht 1902, S. 101, Nr. 443.

tat entspricht auch durchaus der Billigkeit und dem Zwecke der Gesetzesbestimmung, die Bauhandwerker zu schützen. Die entgegengesetzte Auffassung würde zu einer schweren Schädigung derselben führen, da es der Besteller in der Hand hat, durch Bestreiten der Bauforderung und Geltendmachung von Einreden einen Prozeß in die Länge zu ziehen und dem Unternehmer beträchtliche Kosten zu verursachen, die dann keinen genügenden Schutz fänden, da sie bei einer im Anfang des Prozesses zu erwirkenden Vormerkung nicht berücksichtigt werden könnten.

Ist für den Fall, daß der Besteller vom Vertrage zurücktritt, die Zahlung eines bestimmten Reugeldes an den Unternehmer vereinbart worden, so fällt dieser Anspruch auf Zahlung des Reugeldes bei Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrage jedoch nicht unter § 648 und der Unternehmer kann insoweit nicht die Eintragung einer Sicherungshypothek verlangen, denn der Rücktritt hebt den Vertrag auf. Dieser kann also nicht mehr Grundlage eines Anspruches auf Sicherstellung sein. Als Entschädigungsforderung für Bauzeichnungen und Kostenanschläge kann der Anspruch auf Reugeld auch nicht angesehen werden.[1])

Beim Werkvertrag muß die Vergütung an sich keineswegs immer in Geld bestehen, es können auch andere Vermögenswerte als Vergütung gewährt werden,[2]) z. B. auch Naturalanteile an Ernten usw. Es ist nur die Frage, ob der Sicherungsanspruch des § 648 auch für die Ansprüche auf solche andere Vergütungen gegegeben ist, oder nur für Geldforderungen. § 648 selbst gibt über diese Frage keine Auskunft und auch aus der Entstehungsgeschichte ist hierüber nichts zu entnehmen. Es muß daher auf den Zweck der Gesetzesvorschrift und die Natur der Sicherungshypothek zurückgegangen werden. Das B. G. B. verlangt hinsichtlich der Hypothekenforderungen, daß sie eine Geldforderung ist. Im Gegensatz zum ersten

[1]) Siehe Scherer, 3. Jahr, S. 239 IIIb, Oberlandesgericht Posen vom 4. April 1902 in Pos. Monatsschrift Bd. V S. 108.

[2]) Dernburg, Bem. IV zu § 317; Oertmann, Vorbemerkung a zu § 631.

Entwurf, der eine „bestimmte Geldforderung“ verlangte,[1]) ist das in § 1113, der eine bestimmte Geldsumme nur als Inhalt der Belastung, nicht als Gegenstand der Forderung vorausgesetzt, nicht deutlich zum Ausdruck gekommen. Aus der Fassung des § 1115, der die Eintragung des „Geldbetrags der Forderung“ als wesentlich bezeichnet, geht aber hervor, daß die Hypothekenforderung eine Geldforderung sein muß.[2]) Daher kann z. B. auch für eine Alternativobligation, bei der nur die eine Leistung eine Geldzahlung bildet, eine Hypothek nicht bestellt werden, einerlei ob der Gläubiger oder der Schuldner die Wahl hat. Für eine solche nicht lediglich auf Geld gerichtete Alternativobligation ist eine Hypothekenbestellung nur für den Fall zuzulassen, daß die Forderung durch die Wahl des Gläubigers oder des Schuldners zu einer einfachen Geldforderung geworden ist.[3]) Daß der Betrag der Forderung von vornherein feststeht, wird nicht erfordert, nur die Bestimmtheit der Geldsumme, für die das Grundstück haften soll, wird verlangt.

Diese Vorschrift gilt natürlich auch hier. *Nur zur Sicherung einer Geldforderung ist die Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 zulässig.* Ist also die Vergütung, die dem Unternehmer im Werkvertrage zugesagt worden ist, gänzlich oder teilweise eine Naturalvergütung, so kann § 648 nicht ohne weiteres angewendet werden. Doch bedeutet das nicht etwa, daß solche Forderungen überhaupt nicht gemäß § 648 gesichert werden

---

[1]) „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen.“

[2]) Ebenso Staudinger, Bem. S. 679 zu § 1113; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Anm. 4 zu § 1113 Bd. II, S. 340; Neumann, Bem. zu § 1113; Planck, Bem. 5 zu § 1113, S. 523; Lotmar, I S. 725; Kammergericht vom 3. Dezember 1902 Jahrbuch 25 A 150; — anderer Ansicht Fuchs, § 1113 Nr. 4 und 5, S. 390, und Cosack, § 222, S. 222, die annehmen, daß die Forderung auch einen anderen Leistungsinhalt haben kann.

[3]) Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 4 zu § 1113, Bd. II, S. 340; Kammergericht vom 3. Dezember 1902, Jahrbuch 25 A 150; Planck, Bem. 5 zu § 1113.

könnten. Es muß nur zur Zeit, wo der Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek beim Grundbuchamte gestellt wird, die zu sichernde Forderung eine Geldforderung sein. Es können gemäß § 1115 daher immer nur solche Forderungen in Betracht kommen, die in eine Geldforderung übergehen können und zur Zeit der Stellung des Antrages beim Grundbuchamt oder der Erlassung des Urteils, das den Besteller zur Eintragung verurteilt, bereits in eine solche übergegangen sind, z. B. durch erfolgte Wahl des Berechtigten bei Alternativobligationen.[1]) Es ist nämlich hervorzuheben, daß es sich in den Fällen, wo eine andere Leistung als Vergütung geschuldet wird, nicht die Zahlung einer Geldsumme, häufig um eine Alternativobligation handelt, in dem ein Vertragsteil die Wahl hat, statt der Geldzahlung eine andere Leistung zu bewirken oder zu verlangen.

Der Ausdruck des § 648 „in der Vergütung nicht inbegriffene Auslagen,“[2]) ist eine Abkürzung des umständlicheren aber genaueren Ausdruckes „in der Vergütung nicht inbegriffener Ersatz von Auslagen.“ In der Vergütung können nicht Auslagen selber inbegriffen sein, da in etwas, was der Besteller zahlt, nicht etwas stecken kann, was der Unternehmer gezahlt hat. Es ist in Wirklichkeit gemeint: Ersatz von Auslagen, deren Ersatz in der Vergütung nicht bereits inbegriffen ist. Das B. G. B. erkennt demnach die Möglichkeit von Auslagen an, deren Ersatz in der Vergütung inbegriffen ist. Die Vergütung im Sinne von § 648 ist also teils Arbeitslohn, teils Auslagenersatz.[3])

§ 648 bestimmt, daß der Teil der Vergütung, für den der Unternehmer vor Vollendung des Werkes die Einräumung einer Sicherungshypothek verlangen kann, der geleisteten Arbeit entsprechen soll. Daß der Unternehmer diese

---

[1]) Siehe Lotmar, I S. 725; Drost, S. 37. — Nach § 20 des B. F. S. G. kommen als Bauforderungen im Sinne dieses Gesetzes nur die Ansprüche der Baugläubiger auf die in Geld vereinbarte Vergütung in Betracht.

[2]) Vergl. die Wendung des § 645 „und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen.“

[3]) Siehe Lotmar, S. 139.

Arbeit sämtlich persönlich geleistet haben müsse, wird keineswegs gefordert, es kommt auf die persönliche Mitwirkung des Unternehmers ja beim Werkvertrag normaler Weise überhaupt nicht an.[1]) Die vom Unternehmer nach dem Werkvertrage zu verrichtende Arbeit ist im Sinne von § 648 von ihm geleistet, auch wenn er sie nicht allein, sondern teilweise oder gar gänzlich durch Dritte hat verrichten lassen, wie es ja bei der Entreprise der Fall ist. Die Leistung des Dritten, des Gehülfen oder Unterunternehmers, dem der Unternehmer das Werk weiter verdungen hat, ist rechtlich Leistung des Unternehmers. Die geleistete Arbeit nach § 648 begreift auch die von Dritten statt des Unternehmers verrichtete Arbeit, da die Vergütung entgelten soll die vom Unternehmer zugesagte, ihm obliegende und dem Besteller zukommende Arbeitsleistung ohne Rücksicht darauf, durch wen der Unternehmer diese Leistung bewirkt.[2])

Es bleibt noch zu erörtern, was als entsprechender Teil der Vergütung im Sinne von § 648 zu betrachten ist, wenn der Unternehmer schon vor Vollendung des Werkes Sicherung der ihm zustehenden Vergütung beansprucht. Die Berechnungsmethode ist die folgende: Dieser entsprechende Teil der Vergütung, die unbekannte X, ergibt sich aus einer Gleichung mit den drei bekannten oder doch feststellbaren Größen. 1. Der zur Herstellung des dem Unternehmer übertragenen Werkes erforderlichen Gesamtarbeit; 2. der geleisteten Arbeit; 3. der für Herstellung des Werkes bedungenen Vergütung. Es verhält sich nun der entsprechende Teil der Vergütung, also X, zu der Gesamtvergütung, für das fertige Werk wie die geleistete Arbeit zur ganzen, zu der Fertigstellung erforderlichen Arbeit. Waren z. B. von 100 insgesamt zur Herstellung erforderlichen Arbeitsstunden 50 bereits geleistet und betrug die vereinbarte Vergütung für das fertige Werk 300 ℳ, so lautet die Gleichung

$$X : 300 = 50 : 100;\ X = 150.$$

[1]) Dertmann, Vorbem. d zu § 631; Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 1 zu § 631, Bd. I S. 591; Endemann, § 175 Nr. 1b; Riezler, S. 33.

[2]) Siehe Lotmar, S. 100, 143; Staudinger, Bem. II 1c zu § 645.

Der entsprechende Teil der Vergütung beträgt also in diesem Falle 150 *M.*[1]) Schwierigkeiten bietet dabei nur die Feststellung des Verhältnisses zwischen der geleisteten Arbeit und der ganzen Arbeit. Nach dem Wortlaut des Paragraphen soll das Wertverhältnis der geleisteten zur ganzen Arbeit maßgebend sein, also nicht das Wertverhältnis des bereits hergestellten zum vollendeten Werk.[2]) Es ist das Verhältnis dabei vielmehr nur nach dem Verhältnis der Arbeitszeit, die zur Fertigstellung nötig ist, zur Arbeitszeit, die schon geleistet ist, zu beurteilen. Allein die Arbeitsdauer wird in den meisten Fällen ein praktisch brauchbarer Maßstab sein, der die Entscheidung nicht gänzlich vom Ermessen abhängig macht. Kein Zweifel darüber, daß die Arbeitsdauer maßgebend ist, kann in den Fällen bestehen, wo es sich um eine stets gleichmäßige, gleich zu bewertende Arbeit handelt. Aber auch in den Fällen, wo die Arbeitsleistung des Unternehmers keine so gleichmäßige ist, wenn z. B. bei Beginn des Werkes mehr geistige, zum Schluß mehr körperliche mechanische Arbeit zu leisten ist, so wenn erst ein Entwurf oder ein Modell anzufertigen ist, das der Unternehmer dann selbst auch ausführt, wird das Verhältnis der tatsächlich verwendeten zur ganzen zur Fertigstellung zu verwendenden Arbeitszeit als Maßstab dienen können. Denn auch bei diesen verschiedenen Arbeiten gibt die Dauer derselben vielfach einen Anhalt, welche Arbeitskraft sie erfordern.[3])

Ohne Rücksicht darauf, wieviel Arbeit bereits geleistet ist, wird noch gemäß Satz 2 von § 648 der Ersatzanspruch für die Auslagen gesichert, deren Ersatz nicht bereits in der

---

[1]) Ebenso Oertmann, Bem. 2b zu § 645; Staudinger, Bem. II 1c zu § 645; Dochnal in Iherings Jahrbüchern Bd. 48, S. 241, insbesondere S. 307; Crome, II S. 699 Anm. 40.

[2]) So Oertmann, Bem. 2b zu § 645. Anderer Ansicht Lotmar, II, S. 610, 611, 722, der das Verhältnis des bereits hergestellten Arbeitsergebnisses, anstatt das der geleisteten Arbeit, zum ganzen entscheiden läßt.

[3]) So Drost, S. 40; ebenso anscheinend Dochnal, S. 307; Crome II, S. 699 Anm. 40; Staudinger, Bem. II 1c zu § 645; Oertmann, Bem. 2 zu § 645.

Vergütung mit enthalten ist.[1]) Sind die Auslagen in der für Fertigstellung des Werkes bedungenen Vergütung dagegen mit enthalten, so ändert sich die oben S. 102 angegebene Gleichung, da die Auslagen ja keineswegs unbedingt im selben Verhältnis wie die aufgewandte Arbeit anwachsen. Es ist, um zu einem richtigen Resultat zu gelangen, wenn eine Pauschalsumme für die Vergütung und die Auslagen vereinbart ist, zunächst der Wert der sämtlichen Auslagen zu ermitteln, die das Werk notwendiger Weise verursacht, wenn es vollendet wird. Dieser Wert ist von der Gesamtvergütung für die Berechnung abzuziehen, da diese mit Rücksicht auf die Gesamtauslagen festgesetzt wurde. Ferner ist der Wert der dem Unternehmer tatsächlich erwachsenen notwendigen Auslagen festzustellen. Dieser Wert ist am Schluß dem Endresultate der Berechnung der Vergütung hinzuzuzählen. Das wahrt das Prinzip der verhältnismäßigen Entlohnung für den vollzogenen Teil der Leistungen.[2]) Sind in dem S. 102 angegebenen Beispiel die 300 ℳ eine solche Pauschalsumme, betragen die tatsächlich bereits erwachsenen Auslagen 60 ℳ, während bei Fertigstellung 80 ℳ Auslagen notwendig sind, so ergibt sich für die Vergütung folgende Gleichung:

$$X : 300 - 80 = 50 : 100;\ X = 110.$$

Zu dieser Vergütung von 110 ℳ sind nun noch die bereits entstandenen Auslagen von 60 ℳ hinzuzurechnen, sodaß der Unternehmer in diesem Zeitpunkte den Sicherungsanspruch aus § 648 für den Betrag von 110 ℳ + 60 ℳ = 170 ℳ geltend machen kann.

Diese Art der Berechnung bewahrt den Unternehmer in den Fällen vor Schaden und gestattet ihn die Möglichkeit genügender Sicherstellung gemäß § 648, in denen er besonders im Anfange der Arbeiten den größten Teil der notwendigen Auslagen machen muß, während er bei der späteren Fertigstellung des Werkes vielleicht fast gar keine

[1]) Oertmann, Bem. 2c zu § 645; Staudinger, Bem. II 1c zu § 645; s. auch oben S. 204.

[2]) Ebenso Oertmann, Bem. 2c zu § 645; Staudinger, Bem. II 1c zu § 645; Dochnal a. a. O., S. 308; Crome II, S. 699, Anm. 40; andrer Ansicht Lotmar, S. 140, 141.

Auslagen mehr hat. Das ist z. B. der Fall, wenn er sich zur Herstellung des ihm übertragenen Bauwerkes oder Bauwerksteiles oder zur Arbeit an dem Baue Formen, Modelle, Schablonen, Muster usw. hat anschaffen müssen, was ja meist im Anfange seiner Tätigkeit geschehen muß. Man denke an den Maler, der besondere neue Schablonen hat anschaffen müssen. Entweder ist der Ersatz für diese Auslagen in der vereinbarten Vergütung also nicht enthalten, dann schlägt Satz 2 von § 648 ein (s. oben S. 95, 103), oder die vereinbarte Vergütung umfaßt auch diese Auslagen, dann kommt die oben S. 104 dargestellte Regelung in Betracht und der Unternehmer kann auch in diesem Falle die Einräumung einer Sicherungshypothek fordern.

§ 8. Verhältnis des Anspruches auf Einräumung einer Sicherungshypothek zu den Forderungen aus dem Werkvertrage.

Die Frage, in welchem Verhältnis der Anspruch aus § 648 zu den Forderungen aus dem Werkvertrage steht, wie sich dieses Verhältnis insbesondere bei der prozessualen Geltendmachung der beiden Ansprüche gestaltet, ist ziemlich schwierig. Der Anspruch auf die Einräumung einer Hypothek dient materiell zur Sicherung der Forderungen aus dem Vertrage. Er kann auch im Prozeß als eventueller Anspruch mit dem Anspruch auf Zahlung verbunden werden. Notwendig ist das aber keineswegs. Der Sicherungsanspruch ist ein Ausfluß des Forderungsrechtes. Er erlischt, wenn die Forderungen aus dem Vertrage erloschen sind und der Eigentümer kann die Bewilligung der Löschung einer nach § 648 eingetragenen Hypothek verlangen, wenn die Forderungen aus dem Vertrage erloschen sind. Umgekehrt kann der Unternehmer Zahlungen auf Grund des Vertrages, wenn eine Hypothek oder Vormerkung eingetragen ist, nur in der Art verlangen, daß die Zahlung Zug um Zug

gegen Bewilligung der Löschung der Hypothek oder Vormerkung erfolgt. Das Entstehen und Bestehen des Sicherungsanspruches hängt also von dem Vorhandensein der Forderung ab. Doch ist die rechtliche Gestaltung nicht etwa so, daß beide Ansprüche stets denselben Rechtsschicksalen unterworfen wären. Die Geltendmachung beider Ansprüche ist vielmehr von einander unabhängig und verschieden. Der Anspruch aus § 648 und die Ansprüche aus dem Werkvertrage sind prozessual selbständig. Die Rechtshängigkeit des einen Anspruches begründet keineswegs die Rechtshängigkeit des anderen.[1])

Aus dieser prozessualen Selbständigkeit der beiden Ansprüche ergibt sich die Möglichkeit zweier verschiedener Prozesse und Urteile über die Forderung aus dem Werkvertrage und über den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für diese. Es ist nun zu untersuchen, in welchem Verhältnisse zwei derartige verschiedene Prozesse zu einander stehen und welche Wirkungen sie haben. Es bestehen hier vier Möglichkeiten, je nachdem, ob zuerst auf Zahlung der Forderung oder auf Bewilligung der Hypothekeneintragung geklagt ist und welchen Erfolg die erste Klage hat. 1. Ist eine Klage, die den Anspruch aus § 648 geltend machte, durch Urteil abgewiesen, so ist die Frage, ob der Unternehmer nunmehr noch mit Erfolg auf Zahlung der Werklohnforderung klagen kann. 2. Ist das Urteil im ersten Prozesse dagegen dahin ergangen, daß der Besteller zur Bewilligung der Eintragung verurteilt wird, so ist zu erwägen, ob der Besteller, wenn der Unternehmer nunmehr auf Zahlung klagt, noch das Nichtbestehen der Forderung geltend machen kann. 3. Wenn im umgekehrten Falle der Unternehmer zunächst und zwar mit Erfolg auf Zahlung geklagt hat, so fragt es sich, ob der Besteller im darauffolgenden Prozesse über den Anspruch aus § 648 noch das Nichtbestehen der Forderung dartun und so Abweisung der Klage erzielen kann. 4. Kann der Unternehmer endlich noch

[1]) Ebenso Planck, 3b zu § 648; Oberlandesgericht Bamberg vom 28. November 1993 in Seuff. Archiv 59, S. 287.

mit Aussicht auf Erfolg die Klage aus § 648 erheben, wenn im Vorprozesse seine Klage auf Zahlung abgewiesen worden ist? Der unter 2. aufgeführte Fall ergibt ferner noch die Möglichkeit, daß trotz einer auf Grund des Urteils im ersten Prozeß eingetragene Hypothek im darauffolgenden Rechtsstreit über die Forderung der Unternehmer unterliegt. Hat die eingetragene Sicherungshypothek dann noch irgend einen Wert für den Unternehmer? Bei Beantwortung dieser Fragen ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der Sicherungsanspruch nach § 648 nur dann begründet ist, wenn und soweit dem Unternehmer eine geeignete Forderung im Sinne von § 7 oben zusteht. Das Gericht muß daher in einem Prozesse über den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek auch über die Forderung befinden und das Urteil kann nur dann auf Verurteilung zur Eintragungsbewilligung lauten, wenn es feststeht, daß dem Unternehmer eine solche geeignete Forderung zusteht. Hier schlägt nun § 322 Z. P. O. ein, der die Rechtskraft der Urteile in objektiver Beziehung regelt. Nach ihm sind Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Das Urteil ergeht hier über den durch die Klage geltend gemachten Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek. Der Anspruch auf Zahlung des Werklohnes ist mit der Klage nicht geltend gemacht und die über ihn in den Gründen des Urteils getroffene Entscheidung ist daher auch nach § 322 Z. P. O. nicht der Rechtskraft fähig. Es handelt sich hier um 2 verschiedene Ansprüche und daher kann der Geltendmachung des einen Anspruches nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache des anderen Anspruches entgegengehalten werden. Falls der Prozeß über den einen Anspruch, etwa den Sicherungsanspruch, noch schwebt, kann der prozessualen Geltendmachung des anderen Anspruches (der Forderung) natürlich ebensowenig die Einrede der Rechtshängigkeit entgegengestellt ist.[1])

[1]) Vergl. auch Oberlandesgericht Bamberg vom 28. November 1903 in Seufferts Archiv 59, S. 287.

Für den S. 106 ff. behandelten 1. Fall ergibt sich infolgedessen, daß der Unternehmer im 2. Prozesse noch mit Erfolg auf Zahlung der Werklohnforderung klagen und das Bestehen derselben nachweisen kann, obwohl die Klage auf Sicherstellung nach § 648 abgewiesen worden ist, weil ihm eine Bauforderung gemäß § 648 nicht zustehe. Der 2. Fall ist dahin zu entscheiden, daß der Besteller, trotzdem er bereits zur Einräumung einer Sicherungshypothek rechtskräftig verurteilt worden ist, in dem Prozesse wegen der Forderung noch deren Nichtbestehen geltend machen und so Abweisung der Klage bewirken kann. Wird in dem 2 Prozesse nun die Klage des Unternehmers auf Zahlung abgewiesen, so wird in diesem Augenblick das Grundbuch unrichtig, sofern bereits auf Grund des Urteils im 1. Prozeß eine Sicherungshypothek eingetragen war. Der Besteller kann nun trotz des ersten Urteils gemäß § 894 B. G. B. vom Unternehmer Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Hypothek verlangen. Das geht aus dem Wesen der Sicherungshypothek hervor, die streng akzessorisch und von der zu Grunde liegenden Forderung vollkommen abhängig ist. Ist das Bestehen dieser Forderung rechtskräftig verneint worden, so ist die Sicherungshypothek hinfällig und das Grundbuch unrichtig. Die umgekehrten Fälle, daß zunächst auf Zahlung der Werklohnforderung und erst nach Entscheidung dieses Prozesses auf Sicherstellung nach § 648 geklagt wird, sind mit Rücksicht auf § 866 Z. P. O. nicht praktisch. Für diese Fälle ergibt sich nun, obwohl auch hier aus den gleichen Gründen im 2. Prozesse die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht gegeben ist, ein anderes Resultat als bei den Fällen 1 und 2. Für den Fall 3 ergibt sich, daß das Gericht im 2. Prozesse wegen Einräumung der Hypothek wohl das Recht hat, nochmals selbständig zwecks Feststellung des Klaggrundes das Bestehen der Bauforderung festzustellen, wenn auch bereits ein Urteil darüber gefällt worden ist. Doch bleibt für das Recht des Unternehmers auf die Sicherungshypothek das über die Forderung ergangene Urteil maßgebend. Der Besteller kann Abweisung im 2. Prozeß nur erzielen, wenn er den Nachweis erbringt, daß die Forderung des Unternehmers *nach* Erlaß jenes Urteils

untergegangen ist, etwa durch Befriedigung oder Verzicht, oder wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 648 nicht mehr vorliegen, der Besteller z. B. nicht mehr Eigentümer des Baugrundstückes ist.

Im 4. Falle endlich darf das Gericht den Eigentümer nicht im 2. Prozesse zur Bestellung einer Sicherungshypothek verurteilen, wenn im Vorprozesse das Urteil entschieden hat, daß dem Unternehmer keine entsprechende Forderung gegen den Besteller zusteht. Das erste Urteil hat insoweit Rechtskraft auch im 2. Prozesse. Das Recht auf die Sicherungshypothek ist von dem Bestehen der Forderung abhängig und es kann keine Verurteilung zur Eintragungsbewilligung mehr ergehen, wenn feststeht, daß der Unternehmer keine Forderung gegen den Besteller hat. Sonst würde ja eine nicht bestehende Sicherungshypothek eingetragen und das Grundbuch unrichtig werden.[1])

Bestritten ist, ob der Anspruch aus § 648 auf Bestellung einer Sicherungshypothek ohne weiteres mit übergeht, wenn der Unternehmer seinen Anspruch auf die Vergütung, den Werklohnanspruch, einem Dritten abtritt. Für Beantwortung dieser Streitfrage ist die Feststellung des Verhältnisses der Forderung zu dem Sicherungsanspruche von besonderer Bedeutung. Das Recht aus § 648 bezweckt, den zu schützen, der durch seine Arbeit die Herstellung des Bauwerkes gefördert hat. Allein der Anspruch aus § 648 stellt sich nicht ausschließlich als eine Befugnis dar, die mit der Person des Unternehmers notwendig verknüpft ist. Denn der Schutz des Unternehmers würde unvollständig und von praktisch beschränktem Umfange sein, wenn das Recht von der Person des Unternehmers untrennbar und damit für diesen wirtschaftlich unverwertbar wäre. Der Anspruch des § 648 ist keineswegs höchst persönlich und nicht an die Person des Unternehmers als solche

---

[1]) Ebenso Drost S. 50.

geknüpft,[1]) er ist vielmehr ein pfandrechtähnliches Nebenrecht, ein Hilfsrecht, dazu bestimmt, die Realisierung der Forderung zu sichern und die Forderung zu verstärken.

§ 401 B. G. B. bestimmt, daß mit der abgetretenen Forderung die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger übergehen. Aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen folgt, daß dem Ausdrucke „Hypotheken- oder Pfandrechte" auch der Anspruch aus § 648 zu unterstellen ist. Der Entwurf I sprach in § 297 Satz 2 allgemein „von den zur Verstärkung der Forderung dienenden Nebenrechten". Von der zweiten Kommission wurde diese Fassung für bedenklich gehalten, weil unter Nebenrechten der bezeichneten Art auch solche verstanden werden könnten, auf welche die Vorschrift nicht passe, z. B. das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht. (§ 369 B. G. B.) Durch die Beschränkung der Vorschrift auf Hypotheken, Pfandrechte und die Rechte aus einer Bürgschaft wird indessen, wie die zweite Kommission, die den Wortlaut des 1. Entwurfs so enger faßte, ausdrücklich anerkannte, die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf andere zur Verstärkung einer Forderung dienende Nebenrechte, die eine jenen Rechten entsprechende Natur haben, nicht ausgeschlossen. Der § 401 entspricht dem gemeinen Recht l 6, 23 pr. D 18, 4, dem Allgemeinen Landrecht I 11 § 403 ff. und dem Sächs. B. G. B. § 954. Er erlaubt also eine analoge Anwendung auf ähnliche Nebenrechte,[2]) daher bezieht er sich auch auf den Sicherungsanspruch aus § 648, der wie oben ausgeführt, ein Hilfsrecht darstellt, das dazu bestimmt ist, die Realisierung der Forderung zu sichern. Tritt also der Unternehmer seinen Werklohnanspruch einem Dritten ab, so geht der Anspruch aus § 648 ohne weiteres

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. IV zu § 648; Oberlandesgericht Cöln vom 7. März 1907, Rspr. Bd. 17, S. 426; Tentsch in Seuff. Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 67 (1902), S. 118 ff.

[2]) Oertmann, Anm. 1 zu § 401; Planck zu § 401; Staudinger, Bem. 1 zu § 401; Kommentar von Neumann, Bem. 1 zu § 401.

auf den Dritten mit über. Eine besondere Abtretung des Sicherungsanspruches ist dabei nicht erforderlich.[1])

Nach § 401 geht selbstverständlich auch eine für die Forderung bereits eingetragene Sicherungshypothek bei der Abtretung der Forderung auf den Zessionar über. Da, wie oben ausgeführt ist, eine entsprechende Anwendung von § 401 auf andere zur Verstärkung der Forderung dienende Nebenrechte zulässig ist, so ist zu folgern, daß bei Übertragung einer durch eine Vormerkung gesicherten Werklohnforderung auch das Recht aus der Vormerkung ohne weiteres auf den neuen Gläubiger übergeht. Dieser erlangt also die durch die Vormerkung geschaffene Rechtsstellung des Unternehmers[2]) und kann die Eintragung einer Sicherungshypothek mit dem durch die Vormerkung gesicherten Range verlangen. Der Übergang der Forderung mit der für sie eingetragenen Vormerkung kann in das Grundbuch eingetragen werden, da die Eintragung in verschiedenen Richtungen für den neuen Gläubiger zweckmäßig ist. Eine Eintragungspflicht besteht jedoch nicht. Die Eintragung hat nur auf besonderen Antrag zu erfolgen. Der Umschreibungsantrag des Unternehmers genügt, eine besondere Umschreibungsbewilligung ist nicht noch erforderlich.[3])

Daraus, daß bei Abtretung der Werklohnforderung auch das Recht aus der Vormerkung ohne weiteres mit auf den neuen Gläubiger übergeht, folgt, daß die Pfändung

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. IV zu § 648; Planck, Bem. 3c zu § 648; Oertmann, § 645 2b; Tontsch a. a. O.; Francke, Recht 1902, S. 260; Enneccerus, § 1303 IIIc; Achilles, Bem. zu § 648; Dernburg, § 323 IIIc; Willenbücher, S. 238, Nr. 3; Oberlandesgericht Cöln vom 7. März 1907, Rspr. Bd. 17, S. 426; Oberlandesgericht Düsseldorf vom 3. April 1907 im Rheinischen Archiv, Bd. 104, S. 129; Oberlandesgericht Naumburg vom 9. Januar 1903 in Rspr. Bd. 6, S. 84; Oberlandesgericht Celle vom 17. Januar 1905 in Rspr. Bd. 12, S. 82. Andrer Ansicht Oberneck, S. 1000; Kuhlenbeck, S. 527 zu § 648; Oberlandesgericht Kiel vom 21. November 1901 in Rspr. Bd. 4, S. 46.

[2]) Planck, Anm. 1 zu § 401; Oertmann, Bem. zu § 401; Kretzschmar, § 888, S. 101; Gierke, S. 336.

[3]) Staudinger, Bem. zu § 883; Landgericht Tilsit vom 15. Februar 1900 in Lobes Zentralblatt, 1. Jahrg., S. 47.

einer Unternehmerforderung auch die zur Erhaltung des Anspruches auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragene Vormerkung ergreift. Die Pfändung ist im Wege der Grundbuchberichtigung im Grundbuche zu vermerken. Die Eintragung ist auch zulässig, wenn die Pfändung für eine den Betrag von 300 ℳ nicht übersteigende Forderung erfolgt ist.[1])

Der Anspruch aus § 648 muß aber bei Abtretung der Unternehmerforderung keineswegs unbedingt auf den Zessionar übergehen. Der Übergang des Sicherungsanspruches kann ausgeschlossen werden. Geschieht dies, so erlischt der Sicherungsanspruch. Dasselbe gilt von einer bereits eingetragenen Vormerkung; auch diese erlischt, wenn bei der Abtretung der Übergang der Vormerkung ausgeschlossen wird.[2]) Ihre Beseitigung im Grundbuche kann mit Hülfe des Berichtigungsanspruches erzielt werden.

Da der Sicherungsanspruch des § 648 kein höchstpersönliches Recht ist, so geht er auf den Erben des Unternehmers über, der ja als Universalsuccessor in alle Rechte des Erblassers eintritt.

Steht das Baugrundstück im Miteigentum von mehreren Personen, und schließen diese gemeinschaftlich einen Werkvertrag über ein auf dem Grundstück zu errichtendes Bauwerk mit dem Unternehmer, so haften sie nach § 427 B. G. B. für die Werklohnforderung als Gesamtschuldner. Sie sind daher an sich auch gesamtschuldnerisch zur Einräumung einer Sicherungshypothek für die ganze Forderung des Unternehmers verpflichtet. Das geht auch aus § 431 B. G. B. hervor, weil der Anspruch aus § 648 auf eine unteilbare Leistung gerichtet ist.[3]) Mit Rücksicht auf die §§ 19, 40, 48 G. B. O.

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. IV zu § 648; Kammergericht vom 19. September 1907, Jahrb. 35, A 314. Vergleiche noch R. G. vom 23. April 1910 bei Warneyer. Erg. Band 1910, Nr. 239, S. 248.

[2]) Biermann, Widerspruch S. 143; Fuchs, § 883 S. 121; Planck, Bem. 1 zu § 401; Kretzschmar, § 888 S. 101; anderer Ansicht Gierke, S. 336, der annimmt, die Vormerkung müsse erst aufgehoben werden, bevor die Forderung ohne sie abgetreten werden könne.

[3]) Siehe Planck, Bem. 2 zu § 420.

kann jeder Besteller aber nur die Eintragung der Hypothek auf seinem Anteil an dem Baugrundstück bewilligen und er kann auch nur hierzu verurteilt werden. Der Unternehmer muß daher, wenn er zum Ziele gelangen und eine genügende Sicherstellung erreichen will, die Einwilligung von sämtlichen Miteigentümern, die Besteller des Werkes sind, fordern und eventuell gegen alle im Klagewege vorgehen.

Haben mehrere Unternehmer derart gemeinschaftlich ein Bauwerk oder einen Teil eines solchen hergestellt, daß die Werklohnforderung ihnen allen gemeinschaftlich zusteht (siehe oben S. 69), so ist das zwischen ihnen bestehende Gemeinschafts- oder Gesellschaftsverhältnis auch allein für ihr Gläubigerverhältnis bezüglich der Forderung maßgebend. Wie oben ausgeführt, ist die ihnen nach § 648 geschuldete Leistung, die Einräumung einer Sicherungshypothek für die Vergütung, aber unteilbar. Gemäß § 432 B. G. B. kann daher jeder Gläubiger nur Leistung an alle fordern, d. h. er kann die Einräumung der Sicherungshypothek nur für die ganze Forderung und für alle Gläubiger gemeinsam verlangen und der Besteller kann sie nur für alle Unternehmer gemeinschaftlich bewilligen. (Vergl. auch § 2039 B. G. B.)

§ 9. Einfluß des Konkurses.

Gerät der Unternehmer während der Herstellung des ihm übertragenen Bauwerkes oder Bauwerksteiles in Konkurs, so hat nach § 17 K. O. der Konkursverwalter für den Fall ein Wahlrecht, ob er den Werkvertrag erfüllen und vom Besteller Erfüllung verlangen will oder nicht, daß der Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens vom Unternehmer und vom Besteller nicht oder nicht vollständig erfüllt ist. Meist wird, wenigstens in dem Falle, daß bereits ein erheblicher Teil der erforderlichen Arbeiten ausgeführt ist, der Konkursverwalter Erfüllung verlangen und das Werk fertigstellen, um der Masse die Vergütung mit dem eventuellen Gewinn zu erhalten. Nach den

Ausführungen oben S. 109 ff. unterliegt es keinem Zweifel, daß der Konkursverwalter für die Werklohnforderung auch das Recht des § 648 geltend machen kann, auch er kann also die Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderungen aus dem Werkvertrage verlangen und eventuell eine Vormerkung zu deren Sicherung eintragen lassen. War bereits eine Sicherungshypothek oder eine Vormerkung für den Unternehmer eingetragen, so kann der Konkursverwalter die sich hieraus ergebenden Rechte geltend machen.

Gerät der Besteller in Konkurs, so verschlechtert sich im allgemeinen die Lage des Unternehmers erheblich. Der ihm nach § 648 zustehende bloße schuldrechtliche Anspruch auf Sicherstellung für die Vergütung, sei es, daß das Werk bereits fertig gestellt und die volle Vergütung fällig und sicherungsberechtigt ist, sei es, daß erst ein Teil fertig und daher nur ein entsprechender Teil der Vergütung sicherungsberechtigt ist, begründet kein Absonderungsrecht im Konkurse, sondern bildet nur eine gewöhnliche Konkursforderung.[1]) In diesem Falle kann nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Bestellers eine Sicherungshypothek auf Grund von § 648 in Ansehung der zur Konkursmasse gehörigen Grundstücke nicht mehr eingetragen werden, ebensowenig eine Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung (§ 14 K. O.) Ist für den Unternehmer dagegen an dem Baugrundstück des Bestellers zur Zeit der Konkurseröffnung über dessen Vermögen bereits eine Sicherungshypothek nach § 648 eingetragen, so kann er nach § 47 K. O. abgesonderte Befriedigung aus diesem Grundstücke verlangen, auch wenn es zur Konkursmasse gehört. Ähnlich günstig ist die Rechtslage für den Unternehmer aber auch dann, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung nur erst eine Vormerkung eingetragen ist. Nach § 24 K. O. kann der Unternehmer in diesem Falle auch vom Konkursverwalter des Bestellers die Eintragung der Sicherungshypothek verlangen. Der

[1]) Riezler § 26, S. 163; Jaeger, Anm. 13 zu § 24 K. O. Bd. I, S. 267.

gesicherte Anspruch wird also durch die Vormerkung über die einfachen Konkursforderungen hinausgehoben. Ob die Eintragung der Vormerkung kraft Bewilligung des Bestellers oder kraft einstweiliger Verfügung erfolgt ist, begründet für die Anwendung des § 24 K. O. keinen Unterschied. Die Stellung des § 24 im Titel „Erfüllung der Rechtsgeschäfte" scheint zwar darauf hinzuweisen, daß nur an Vormerkungen gedacht ist, die auf Grund von Rechtsgeschäften eingetragen sind. Doch soll nach der ausdrücklichen Erklärung der gesetzgebenden Faktoren § 24 K. O. für alle Vormerkungen Geltung haben.[1]) Die einzige Änderung, die bei Sicherung des Anspruches durch eine Vormerkung durch die Konkurseröffnung eintritt, besteht darin, daß anstatt des Bestellers der Konkursverwalter den vorgemerkten Anspruch befriedigen, also die erforderliche Eintragung bewilligen muß.[2])

Es ist noch zu erwägen, inwieweit etwa eine Anfechtung der eingetragenen Sicherungshypothek bez. Vormerkung nach § 30 K. O. in Frage kommt. Die Anfechtung nach Ziffer 2 von § 30 K. O. ist dann ausgeschlossen, wenn der gesicherte Anspruch auf Vergütung bereits vor der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens, sowie früher als 10 Tage vor diesen maßgebenden Zeitpunkten entstanden war und der Unternehmer damit einen materiellrechtlichen Anspruch auf die Sicherung nach § 648 erworben hatte, selbst wenn die Bewilligung der Eintragung der Hypothek oder Vormerkung seitens des Bestellers erst nach der Zahlungseinstellung, dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder innerhalb der letzten 10 Tage vorher erfolgt ist. Denn dann hatte der Unternehmer diese Sicherung zu beanspruchen.[3]) Dagegen ist eine vor Konkurseröffnung aber in Kenntnis der Krise durch freiwillige Bewilligung erlangte oder im Zwangsvergleich erwirkte Sicherungshypothek oder Vormerkung, deren Eintragung nach Zahlungseinstellung oder

[1]) Jaeger, Anm. 7 zu § 24 K. O., Bd. 1, S. 266.

[2]) Planck, Bem. zu § 888.

[3]) Jaeger, Anm. 54 zu § 30 K. O., Bd. I, S. 377; Biermann, Widerspruch S. 201. Beachte auch Oberlandesgericht Oldenburg vom 30. November 1911 in Deutscher Juristen-Zeitung 1911, S. 2888.

dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens erfolgte, nach § 30 Ziffer 1 K. O. anfechtbar, trotzdem der Unternehmer einen materiellrechtlichen Anspruch auf diese Sicherung hatte.[1]) Die Rechtslage des gesetzlichen Anspruches des Unternehmers aus § 648 ist also keineswegs besser, als die eines vertragsmäßigen Anspruches auf Hypothekenbestellung, der ja auch nur durch § 648 ersetzt werden soll (s. oben S. 71). Für diesen Fall ist § 648 wertlos. Da sehr oft Bauherren während des Baues in Konkurs geraten, so gewährt § 648 in vielen Fällen keinen Schutz und versagt gerade dann, wenn der Schutz am nötigsten ist. Es liegt hier eine praktisch sehr ungünstig wirkende Lücke des Gesetzes vor.

§ 10. Übergangszeit.

Die Vorschrift des § 648 ist offensichtlich auf die Einrichtung der Sicherungshypothek im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zugeschnitten.[2]) Es fragt sich daher, ob eine Anwendung des Paragraphen in der Übergangszeit, bevor das Grundbuch für angelegt erklärt ist, möglich ist. Maßgebend sind hierfür besonders die einzelnen Landesgesetze, sowohl die erlassenen besonderen Übergangsvorschriften, wie auch die älteren Gesetze. Für Preußen ist die Frage ohne erhebliche Bedeutung, da nach der Verordnung vom 13. November 1899 für fast ganz Preußen mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches das Grundbuch für angelegt gilt. Dasselbe ist in Sachsen der Fall. Nach § 1 der Verordnung zur Ausführung der Grundbuchordnung vom 26. Juli

[1]) Jaeger, Anm. 44 zu § 30 K. O., Bd. I, S. 373; R. G. vom 3. November 1905 bei Scherer, 6. Jahr des B. G. B., Nr. 1010, S. 189; Biermann, Widerspruch S. 201.

[2]) Staudinger, Bem. VII zu § 648; Oberneck, S. 999, § 162, Nr. 1.

1899 gilt in Sachsen das Grundbuch mit dem 1. Januar 1900 als angelegt. An diesem Tage ist somit für Sachsen das Liegenschaftsrecht des B. G. B. und der Grundbuchordnung in Kraft getreten. Einführungsgesetz zum B. G. B. Art 189; G. B. O. § 82. In Bayern bemessen sich nach Art. 50 des Übergangsgesetzes vom 9. Juli 1899 bis zur Erklärung der Anlegung des Grundbuches die Voraussetzungen und der Umfang des Sicherungsanspruches nach § 648 B. G. B. Dieser Anspruch soll als gesetzlicher Hypothekentitel im Sinne von § 12 des alten Bayrischen Hypothekengesetzes von 1822 gelten.

III. Anhang.

§ 11. Verhältnis des § 648 zu dem Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen vom 1. Juni 1909.

Der durch § 648 B. G. B. geschaffene Schutz hat, wie die vorstehende Darlegung zeigt, eine Reihe von Nachteilen. Er kommt nicht allen Bauhandwerkern zu Gute, sondern nur denjenigen, die auf Grund eines mit dem Bauherrn geschlossenen Werkvertrages Arbeiten in das Grundstück geleistet haben. Nicht geschützt sind besonders die Lieferanten von Baumaterialien, ferner die Unternehmer, die in keinem direkten Vertragsverhältnis zu dem Eigentümer stehen, sondern mit einem anderen Unternehmer abgeschlossen haben, wie es beim Entrepriſebau der Fall ist, und endlich diejenigen, die Arbeiten am Bau nicht auf Grund eines Werk- sondern eines Dienstvertrages leisten. Da der Schutz erst nach der gänzlichen oder teilweisen Ausführung des Werkes gewährt wird, kommt er meist zu spät, weil inzwischen der Grundstückswert durch andere vorgehende Hypotheken erschöpft wurde und die Forderungen der Bauhandwerker ja keinerlei Vorrecht vor älteren bereits hypothekarisch eingetragenen Forderungen genießen.[1])

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. I § zu 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Bem. 5 zu § 648, Bd. I, S. 602.

Die mit dem Schutze des § 648 aus den vorstehenden Gründen nicht zufriedenen Bauhandwerker führten nach Inkrafttreten des B. G. B. die Agitation fort und so kam es schließlich zum Erlaß des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1909. Für die praktische Bedeutung der beiden Gesetzesvorschriften, des § 648 B. G. B. und des B. F. S. G., ist es nun von Wichtigkeit festzustellen, in welchem Verhältnis beide zu einander stehen.

Zunächst ist zu bemerken, daß vom B. F. S. G. nur der 1. Abschnitt in Kraft ist, der auch im ganzen Reiche Geltung hat, während der 2. Abschnitt noch keine praktische Bedeutung hat. Er soll nach § 9 nur für diejenigen Gemeinden gelten, die durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden. Eine solche Verordnung ist bisher noch nirgends ergangen und daher ist vorläufig noch Abschnitt 2 des Gesetzes bedeutungslos.[1])

Da Abschnitt 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1909 die Geltung von § 648 B. G. B. zweifellos nicht berührt,[2]) ist die jetzige Rechtslage die, daß § 648 überall uneingeschränkt gilt und auch den einzigen dinglichen Schutz der Bauhandwerker darstellt. Diese Rechtslage bleibt auch für den größten Teil des Reiches in Zukunft unverändert, weil Abschnitt 2 des B. F. S. G., der den dinglichen Schutz der Baugläubiger regelt, nur für einzelne Gemeinden, nicht für ganze Bundesstaaten eingeführt werden soll. Es wird aber für das ganze übrige Reichsgebiet, wo nach den tatsächlichen Verhältnissen ein stärkerer Schutz der Baugläubiger nicht notwendig erscheint, § 648 B. G. B. auch fernerhin uneingeschränkt und unverändert in Geltung bleiben und das alleinige Schutzmittel der Baugläubiger bilden.

Fraglich ist aber, ob § 648 in den Gemeinden, in denen der 2. Abschnitt des B. F. S. G. einmal zur Einführung

---

[1]) Hagelberg S. 8.

[2]) Hagelberg, S. 152 zu § 9.

gelangt, neben diesem Gesetze in Kraft bleibt, oder ob er dort aufgehoben wird. Diese Frage ist dahin zu entscheiden, daß § 648 auch in derartigen Gemeinden neben Abschnitt 2 des B. F. S. G. an sich in Kraft bleibt.[1]) Als eine erschöpfende Regelung einer Materie durch eine lese specialis, welche die lex prior generalis außer Kraft setzen würde, kann das B. F. S. G. schon deshalb nicht angesehen werden, weil es nicht alle bisher geschützten Forderungen in seinen Schutz einbezieht. Denn während § 648 B. G. B. auch Umbauten und Reparaturbauten umfaßt (siehe oben S. 62), ist das bei Abschnitt 2 des B. F. S. G., der sich nur auf Neubauten bezieht (§ 9 Abs. 1), nicht der Fall. Wollte man annehmen, daß überall da, wo der 2. Abschnitt des B. F. S. G. eingeführt wird, § 648 aufgehoben würde, so würden alle Unternehmer, die bei Umbauten oder Reparaturbauten beteiligt sind, ihr Recht aus § 648 verlieren, ohne dadurch irgend einen Ersatz an dinglicher Sicherheit zu erlangen. Diese Ansicht würde demnach zu Unbilligkeiten führen. Sie läßt sich aus dem B. F. S. G. nicht begründen.[2]) Es ist also festzustellen, daß Unternehmer, die an solchen Um- oder Reparaturbauten beteiligt sind, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 648 vorliegen, auch nach Inkrafttreten des Abs. 2 vom B. F. S. G. noch Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek haben. Auch dann bleibt der Anspruch aus § 648 dem Unternehmer gewahrt, wenn er die Fristen der §§ 22, 23 B. F. S. G. versäumt und deshalb an den durch den Bauvermerk begründeten Rechten keinen Anteil hat. (§ 27 B. F. S. G.) Dasselbe gibt, wenn die Eintragung eines Bauvermerkes unterbleibt, weil eine Sicherheitsleistung durch Hinterlegung gemäß § 12 B. F. S. G. erfolgt ist. Vorausgesetzt ist natürlich auch in diesen Fällen stets,

---

[1]) Staudinger, Bem. I 3 zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 5 zu § 648, Bd. I, S. 603; Hagelberg, S. 152; Höchtl, S. 13, 47; Freytag und Haubensack, Einleitung S. XVI; Brückner, im Recht 1910, S. 830.

[2]) Siehe Höchtl, S. 47.

daß die Vorbedingungen des Schutzes aus § 648 B. G. B. vorliegen.[1])

Es ergibt sich folgendes: Das Gesetz vom 1. Juni 1909 stellt sich als eine Ergänzung der Vorschrift des § 648 B. G. B. dar.[2]) Sein Schutz ist wirksamer, weil die Baugläubiger, wenn sie rechtzeitig ihre Bauforderungen angemeldet haben (§ 22), durch den Bauvermerk und die eventuell daraus entstehende Bauhypothek eine zureichende dingliche Sicherheit erlangen. Auch reicht der Begriff der Baugläubiger in mancher Beziehung weiter, als der Kreis der aus § 648 B. G. B. Berechtigten, er erstreckt sich z. B. nach § 18 auch auf Lieferanten.[3]) Doch ist das B. F. S. G., wie oben S. 119 ausgeführt, nicht etwa ein Ersatz des § 648 derart, daß dieser in den betreffenden Gemeinden, wo das Gesetz eingeführt wird, gänzlich aufgehoben würde. § 648 besteht an sich unverändert neben dem Gesetze fort, seine Anwendung ist aber grundsätzlich insoweit ausgeschlossen, als das B. F. S. G. in seinen besonderen Maßnahmen im einzelnen Falle wirklich den Schutz der Baugläubiger regelt.[4]) Insoweit will das Gesetz als erschöpfende Regelung des den Baugläubigern bei diesem Bau zu gewährenden Schutzes angesehen werden und soweit, aber auch nicht weiter, schließt es demgemäß eine Anwendung des § 648 B. G. B. aus.

---

[1]) Ebenso Staudinger, Bem. I 3 zu § 648; Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 5 zu § 648, Bd. I, S. 603; Brückner, im Recht 1910, S. 830; Freytag und Haubensack, S. 9; Höchtl, S. 47; Hagelberg, S. 152; — Höchtl, S. 60 ist bezüglich der Geltung von § 648 nur in dem Falle anderer Ansicht, daß eine Sicherheitsleistung durch Hinterlegung gemäß § 12 Abs. 1 B. F. S. G. erfolgt ist.

[2]) Kommentar der Reichsgerichtsräte Bem. 5 zu § 648 Bd. I, S. 602; Höchtl, S. 75.

[3]) Staudinger, Bem. I 3 zu § 648.

[4]) Ebenso Höchtl, S. 75; Staudinger, Bem. I 3 zu § 648.